A N° 130

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Le Conseil d'Administration considéré comme une entité

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Henri SABEAU-JOUANNET
Lauréat de la Faculté de droit de Paris
(2e année : 1er prix de droit civil)
(3e année : 1er prix de droit civil)

Jury de la Thèse :

Président : M. J. RADOUANT, *Professeur.*

Suffragants { M. D. BASTIAN, *Agrégé.*
Mlle de GAUDIN de LAGRANGE, *Chargée de cours.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5e

1941

Le Conseil d'Administration considéré comme une entité

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Série A N° 130

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Le Conseil d'Administration considéré comme une entité

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

Henri SABEAU-JOUANNET
Lauréat de la Faculté de droit de Paris
(2e année : 1er prix de droit civil)
(3e année : 1er prix de droit civil)

Jury de la Thèse :

Président : M. J. RADOUANT, *Professeur.*

Suffragants M. D. BASTIAN, *Agrégé.*
Mlle de GAUDIN de LAGRANGE, *Chargée de cours.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5e
1941

INTRODUCTION

La loi du 18 septembre 1940 était intitulée : « Loi relative au nombre et à la responsabilité des administrateurs, aux fonctions et à la responsabilité des présidents des sociétés anonymes ». C'était là tout un programme. Mais la loi du 16 novembre suivant porte un titre plus modeste : « Loi relative aux sociétés anonymes ». Le législateur chaque jour plus discret, non content de supprimer le rapport préliminaire au Chef de l'Etat, évite même de se compromettre par un titre qui ait un sens quelconque. Personne ne saurait prétendre connaître les intentions qui l'animent.

Cette discrétion a du moins l'avantage d'abandonner le texte nouveau à la libre interprétation de chacun : le titre même ne nous enchaîne plus et rien ne nous interdit de croire que la loi s'intéresse plus particulièrement à telle ou telle réforme ; et, si l'on en juge par la place qu'il tient dans le texte nouveau, le droit du conseil d'administration est loin d'être indifférent au législateur. La notion du conseil d'administration n'est point nouvelle d'ailleurs, fût-ce au strict point de vue légal : on trouve l'expression dans l'article 78 ajouté à la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 26 avril 1917, relative aux sociétés à participation ouvrière ; ce texte institue d'ailleurs un singulier conseil d'administration, puisqu'il peut être réduit à un seul membre. De

même la loi plus récente, du 8 mars 1922, décide que « l'administration de la société est confiée à un conseil d'administration, dont les statuts déterminent les pouvoirs ». Enfin, et surtout, l'article 34 nouveau de la loi du 24 juillet 1867 a introduit pour la première fois l'expression de conseil d'administration dans la législation relative aux sociétés anonymes ; il dispose, en effet, que « à la clôture de chaque exercice le conseil d'administration établit un inventaire, un compte de profits et pertes et un bilan ». Il faut avouer que c'est par une voie quelque peu détournée que le conseil d'administration a enfin acquis une existence légale : peut-être est-ce pour cette raison que le fait semble être passé inaperçu en doctrine.

C'est que l'introduction de l'expression de « conseil d'administration » ne venait pas changer grand'chose à l'état du droit antérieur. Simplement incidente, elle ne pouvait avoir pour effet de porter atteinte à l'article 22 de la loi de 1867 et n'avait guère que la valeur d'une simple allusion à la forme la plus fréquente qu'a pris, dans la pratique, l'organe d'administration de la société anonyme. L'article 34 montre aussi combien cette notion était répandue, acceptée : nous le verrons plus loin, elle était passée à l'état d'usage commercial. C'est tout naturellement que le législateur avait employé l'expression, et il ne fût venu à l'esprit de personne de prétendre que désormais les sociétés ne pourraient plus être pourvues d'un seul administrateur.

Quel auteur ne signale pas — sans autrement s'y attarder du reste — que le conseil est « un organe collectif » ou bien « un corps délibérant » ou encore « une entité distincte

de ses membres » ? La chose est devenue banale : c'est peut-être pour cette raison qu'elle n'a jamais fait l'objet d'une étude systématique. En fait, le conseil, fruit d'un usage, déjà ancien, donnait généralement satisfaction et si l'opinion était répandue que les clauses des statuts relatives au conseil pouvaient être librement rédigées, en fait, au contraire, la rédaction en était minutieuse, pesée et toute traditionnelle. Et s'il arrivait d'aventure à quelque chercheur de s'égarer dans un problème posé dans le domaine purement technique du conseil d'administration de la société anonyme, il s'empressait de prévenir le lecteur qu'il ne spéculait pas sur un « cas purement théorique »[1].

Mais la loi du 16 novembre 1940 (succédant à celle du 18 septembre et la remplaçant) intervient aujourd'hui. A la coutume lentement élaborée, à la prudente pratique, à la technique réellement savante, au bienfaisant silence de toutes les lois, un article 1er venait apparemment se substituer et proclamer ce principe, brutal par son contraste : « La société est administrée par un conseil de trois membres « au moins, et de douze au plus ». En doctrine il n'y a pas eu de choc d'ailleurs : c'est que l'attention des juristes était bien davantage appelée sur les dispositions nouvelles touchant au président, à telle enseigne qu'un auteur a dû remarquer que le conseil existe encore en tant que chargé de l'administration sociale et que d'ailleurs il est désigné au premier rang de la loi.

Si la loi a soulevé quelque émotion dans les milieux de praticiens et de dirigeants de sociétés anonymes, c'est autant par l'incroyable négligence de sa forme et l'impro-

1. Cordonnier, *J.S.*, 1931, p. 513.

priété de sa terminologie, négligence trop souvent soulignée pour que nous ayons à y revenir, que par le caractère incomplet des dispositions relatives au président ainsi qu'à la situation personnelle des administrateurs.

Mais on n'a guère posé — à notre sens — que des questions secondaires en ce qui concerne la situation nouvelle du conseil d'administration : à vrai dire les notaires, les spécialistes de la constitution des sociétés anonymes, les hommes d'affaires, s'attachent presque seuls à la notion de conseil ; pour les juristes, il est plutôt d'usage de considérer davantage les administrateurs *in individuis*, que le collège qu'ils composent.

Aussi l'objet de cette étude est-il de reprendre *ab initio*, l'étude du conseil d'administration considéré en tant que collège, ou mieux encore, selon l'expression de Pic, comme une « entité ». Ainsi écarterons-nous de notre sujet toutes les questions intéressant l'administrateur — individu : premiers administrateurs, nomination, révocation, statut civil et pénal, responsabilité personnelle, tantièmes et jetons de présence, caractères spéciaux de son mandat, etc...

Mais si la loi du 16 novembre 1940 apporte à cette matière une réelle nouveauté, il n'en reste pas moins que, d'une part elle ne peut nullement faire, en raison de l'incertitude de ses termes, l'objet d'une étude proprement exégétique, d'autre part elle est inséparable de tout ce que la pratique, la jurisprudence, la doctrine ont édifié depuis la loi de 1867 ; la loi nouvelle apparaît même comme le terme d'une évolution qui a son point de départ dans la pure notion du mandat individuel d'administrateur, assortie du principe

de la liberté contractuelle et son aboutissement dans la conception collective de l'organe d'administration de la société.

Aussi la présente étude s'attachera-t-elle, au cours d'une première partie, à dégager les principes sur lesquels étaient assis, avant la loi du 16 novembre 1940, la nature, les caractères, le fonctionnement du conseil : ces principes élaborés lentement par la pratique semblaient constituer un véritable usage commercial avec les conséquences qu'il convient de déduire de cette idée.

La deuxième partie sera consacrée à la loi du 16 novembre 1940 : on s'efforcera de montrer les effets que la loi a pu avoir sur l'usage dégagé au cours de la première partie et de déterminer les solutions, tantôt confirmées, tantôt en revanche très nouvelles qui s'imposent désormais aux sociétés anonymes en ce qui concerne le droit du conseil. En tout cas, à l'usage, se trouve désormais substituée une règle légale impérative.

PREMIÈRE PARTIE

La notion d'entité jusqu'à la loi du 16 novembre 1940 : un usage commercial.

INTRODUCTION

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 disposait :

« Les sociétés anonymes sont administrées par un ou « plusieurs mandataires, révocables, salariés ou gratuits « pris parmi les associés ».

C'est de ce texte laconique qu'est sortie l'une des pièces maîtresses de la société anonyme : le conseil d'administration. Il y a là une œuvre d'« élaboration plastique », pour employer l'expression du Doyen Grény, dont la plus grande part revient très certainement à la pratique, la plupart du temps notariale. Les notaires ont, en effet, pris l'habitude d'insérer dans les statuts des sociétés anonymes des clauses réglant de façon identique le fonctionnement de l'organe d'administration de la société, presque toujours considéré comme un conseil. La doctrine, elle-même, que l'on a vu parfois ignorer cette notion collégiale — Wahl surtout qui regardait les administrateurs comme de purs mandataires, sans se soucier de ce qu'ils sont réunis en conseil, ce qui ne peut rester sans influence sur leur statut — emploie fréquemment l'expression de « conseil d'administration » pour celle « d'administrateurs », la seule pourtant qui avait, jusqu'à la loi du 16 novembre 1940, une valeur légale. Il serait vain de chercher la notion collégiale du conseil dans la loi du 24 juillet 1867 : celle-ci ne connaît

que les administrateurs considérés individuellement. Nulle part cette loi ne considère l'acte d'administration accompli au nom de la société comme émanant d'une majorité ; l'on ne peut dire non plus que son article 44 suppose l'organisation collégiale du conseil : il laisse simplement le choix au juge entre la responsabilité individuelle et la responsabilité solidaire, « conformément au droit commun ». Quant aux pouvoirs du conseil, il n'en est même pas question : leur nombre, leur contenu, leur étendue dépendront de ce que la volonté du mandant et du mandataire aura voulu et accepté. L'administration est confiée à un ou plusieurs mandataires et la loi se contente de se référer à l'institution civile du mandat.

Aussi est-ce dans les statuts qu'il faut rechercher la base de la conception collégiale du conseil. La répétition des clauses finit par créer le droit. Il faut, d'ailleurs, reconnaître que la jurisprudence, placée devant ces clauses, n'a pas hésité à leur faire jouer tout leur rôle, et même, s'inspirant de leur esprit, à en dépasser la lettre : ainsi de la jurisprudence sur la responsabilité solidaire — ou plutôt « collective » (pour employer dès maintenant une terminologie qui sera justifiée plus loin, voir Chap. V) — du conseil.

A côté de ce rôle purement technique d'élaboration, élaboration dont il pourrait être intéressant de marquer les étapes, le corps de principes ainsi formé et généralement accepté, semble faire figure d'usage commercial, trait dont on pourra tirer quelques conséquences juridiques.

Il est d'ailleurs hors de doute que l'évolution est encore loin de son terme. Bien des points restent obscurs

Ainsi la question des rapports du conseil avec la direc-

tion est encore fort obscure, la situation du conseil dans la hiérarchie sociale mal définie, l'étendue de ses pouvoirs mal délimitée, la rigueur de ses obligations mal établie. C'est que, en réalité, la nature juridique de l'être moral société est encore, elle-même, extrêmement discutée : qu'il s'agisse de la théorie classique de la personnalité morale fictive, de celle de la personnalité morale réelle ou organique, de la théorie de la personnalité externe ou interne, de la théorie de l'institution[1] il est curieux et décevant de constater que chacune d'elle a quelque chose de juste dans son fondement, mais qu'elle est insuffisamment explicative. Chacune d'elle, poussée jusqu'à ses extrêmes conséquences, aboutit à d'inacceptables exagérations ou, au contraire, reste incapable d'expliquer tel ou tel phénomène.

La jurisprudence, peut-être plus compréhensive des véritables besoins de la pratique à fait rarement appel à l'une de ces théories par une formule qui supposerait l'adhésion ; elle se contente, le plus souvent, de juger en conformité de l'opinion qu'elle s'est forgée de ces besoins.

Nous n'essaierons donc pas d'insérer la notion d'entité dans l'une des théories explicatives de la société anonyme. Considérant l'entité comme un fait, non comme une explication de caractère général, nous nous bornerons à décrire ce fait et à le délimiter. S'il nous arrive parfois de parler par exemple du conseil « organe social » ce ne sera que pour la commodité du langage et il ne faudra pas voir là une prise de position terminologique supposant adhésion à la théorie organique de la personnalité morale.

1. Voir GAILLARD, *La société anonyme de demain*, thèse, Lyon, 1937. — COUTELLIER, *Contribution à l'étude de la responsabilité des administrateurs*, thèse, Lyon, 1938.

Il ne faut pas s'étonner que la pratique — suivie fréquemment par la jurisprudence — ait fait du conseil une sorte d'entité ; en réalité, elle y a trouvé de grands avantages :

— Cette construction est, tout d'abord, conforme à la nature des choses. Dès lors qu'il y a pluralité d'administrateurs, la cohésion, l'unité d'action deviennent alors indispensables ; c'est ce qui a conduit ces personnes à s'entendre, à s'organiser, fût-ce bien souvent au détriment de leurs pérogatives individuelles, mais au profit de la collectivité.

— Elle donne ensuite un caractère plus ferme à toute l'organisation sociale. On voit ainsi se dessiner dans la société anonyme une organisation dont chaque élément a tendance à accroître sa personnalité respective, au grand profit de la clarté des rapports juridiques entre chaque organe.

— Enfin, et ici on constate l'œuvre dominante du juge dans sa mission moralisatrice, elle apporte aux tiers ainsi qu'à la société, plus de garanties ; les chances de fraude diminuent grâce à une réciproque surveillance, l'étendue des recours augmente, les possibilités de bonne administration enfin, grâce à l'organisation interne de la délibération dont les règles rendent nécessaire et inévitable l'échange de vues.

Cette notion d'entité, nous nous proposons tout d'abord de montrer qu'elle est indépendante des membres qui la composent : ce point fera l'objet d'un chapitre premier : « le conseil, entité distincte de ses membres ».

Au cours d'un chapitre deuxième, « le conseil, entité

sociale », nous nous attacherons à faire ressortir que les caractères du conseil dépendent non du droit commun, notamment du mandat, mais sont régis par des principes exclusivement sociaux.

Un troisième chapitre, intitulé également : « le conseil dans la hiérarchie sociale », se proposera d'esquisser par une « théorie de la hiérarchie sociale » la place relative du conseil au sein de la société.

Nous montrerons au cours d'un chapitre quatrième, « le conseil, entité délibérante » que le principe majoritaire est à la fois la condition et l'explication du fonctionnement du conseil.

Un chapitre cinquième « le caractère collectif de la responsabilité du conseil » sera consacré à faire ressortir la dépendance qui existe entre la responsabilité globale de tous les administrateurs et le droit de l'entité.

Enfin, au cours d'une sorte de conclusion à cette première partie, nous nous efforcerons de définir le caractère d'usage commercial de la notion d'entité et de déduire les principales conséquences de cette conception.

CHAPITRE PREMIER

LE CONSEIL, ENTITÉ DISTINCTE DE SES MEMBRES

On pourrait — d'une façon quelque peu théorique d'ailleurs — concevoir que la volonté sociale s'exprimât en chaque administrateur, individuellement ; il n'y aurait là qu'une application, purement littérale, de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, interprété alors en conformité des règles du mandat civil, et considéré comme ayant voulu viser chaque administrateur isolément ; ce serait aussi l'application de l'article 1857 Code civil aux termes duquel « les associés chargés d'administrer sans que leurs fonctions « soient déterminées, peuvent faire chacun séparément « tous les actes de cette administration ». Du reste, jusqu'à la loi du 16 novembre 1940, les sociétés anonymes pouvaient être administrées par un seul mandataire ; d'autre part, quelques sociétés connaissaient une forme sommaire et peu évoluée du conseil d'administration : « le conseil « d'administrateurs » ; ces administrateurs se réunissaient pour collaborer, pour échanger leurs vues mais, par ailleurs, agissaient en général séparément, au nom de ces sociétés. Mais, en fait, les statuts contiennent presque toujours des clauses fixant avec précision les règles relatives à la composition, au fonctionnement et aux pouvoirs d'un conseil d'administration.

Dès lors que le conseil existe, et du seul fait de son existence, l'article 1857 Code civil, devient inapplicable. Telle est du moins l'interprétation générale. Le contraire serait, dit-on[1], contraire à l'esprit de la loi de 1867 et l'on fait remarquer que l'article 22 en son alinéa 2 dispose que « ces mandataires (les administrateurs) peuvent choisir parmi eux un directeur... » et que ce choix, par l'emploi du pluriel, semble postuler une décision collective et par là une action en commun. Quelle que soit la valeur de cette argumentation exégétique, il est constant en doctrine que, par application de l'article 1873 Code civil, l'article 1857 n'a pas sa place dans le droit des sociétés anonymes ; c'est dire par là, puisqu'on se rèfère à l'article 1873, que, soit la loi, et l'argument serait un peu paradoxal, soit l'usage, l'emporte sur le droit civil[2]. En fait, plusieurs cas pouvaient se produire : tout d'abord les statuts étaient susceptibles, tout en décidant que la société serait administrée par plusieurs mandataires, d'assigner à chacun d'eux une mission propre et d'interdire d'autre part, à ceux-ci une action collective en Conseil : c'eût été déroger à l'usage ; ils auraient pu aussi, et c'était le cas général, prévoir le fonctionnement d'un conseil ; entre ces deux hypothèses extrêmes, il arrivait parfois que les statuts, en remettant l'administration de la société à plusieurs mandataires, ne contenaient aucune stipulation précise relativement à leur mode d'action ; nous verrons que cette méthode valait référence tacite à l'usage : partant ces administrateurs ne pouvaient agir qu'en conseil.

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, N° 1025.
2. ARTHUYS, II, N° 444. — COPPER-ROYER, éd., 1919, p. 325 en note. — THALLER et PIC, II, N° 1122. — LYON-CAEN et RENAULT, II, N° 818.

Il semble donc que, sauf le cas où les statuts contenaient une clause nettement contraire à l'usage, la volonté individuelle des administrateurs n'avait de valeur qu'à la condition de s'exprimer collectivement, c'est-à-dire en Conseil, la volonté de chacun venant alors se ranger dans la minorité ou grossir la majorité, selon le procédé technique de décision majoritaire, trait caractéristique de l'organe social évolué (voir *infra*, chap. IV).

Il peut être intéressant de faire observer dès maintenant que le mécanisme majoritaire n'est lui même qu'un procédé technique, exempt de conséquences juridiques : la décision prise engage parfaitement la société, qu'elle le soit à l'unanimité ou à la simple majorité ; bien plus, le fait pour un administrateur de se ranger dans la minorité, ne semble pas par lui même, en jurisprudence, avoir d'autres conséquences que s'il avait voté avec la majorité et nous verrons plus loin qu'un vote contraire ne serait pas suffisant pour dégager sa responsabilité. Dès maintenant, le conseil apparaît comme une entité, de telle sorte que non seulement elle ne requiert pas l'unanimité, mais encore qu'elle s'impose à tous ses membres.

A cette unité externe du conseil, ne correspond pas nécessairement la même unité au point de vue interne : on peut, au sein du conseil, rencontrer diversité et inégalité, soit que le président ait voix prépondérante en cas de partage, soit qu'un droit de vote inégal appartienne aux divers administrateurs[1].

Mais, si l'on s'en tenait là, le conseil d'administration ne

1. CORDONNIER, « Du calcul des voix dans les Conseils d'administration des sociétés anonymes », *J.S.*, 1931, p. 426.

revêtirait pas un caractère organique marqué ; on pourrait admettre que les administrateurs votassent par correspondance, procédé compatible avec le mode de décision majoritaire, et employé dans les sociétés à responsabilité limitée de moins de vingt membres, lesquelles ne réunissent pas d'assemblée générale annuelle, l'ensemble des associés ne recevant pas alors d'autre dénomination que celle de « collectivité ». Au contraire, le conseil d'administration ne peut prendre de décision valable qu'au cours d'une réunion effective de ses membres : « les décisions et mesures qu'il est appelé à prendre doivent être examinées en commun »[1] et un jugement du Tribunal de Nantes décide qu' « un conseil d'administration est un organe collectif dont les membres ne peuvent agir qu'en réunion par voie de délibération, en se conformant aux conditions de forme et de quorum prévues par les statuts »[2].

Volonté collective, existence distincte de celle de ses membres, organisation interne, en un corps délibérant, il n'en a pas fallu plus pour que certains voient dans le conseil une personne juridique. Mais, si ces trois traits font du conseil d'administration une expression collective et autonome lorsqu'on la considère dans l'absolu, on ne peut dire qu'ils soient suffisants pour constituer uhe personne morale ; on peut citer beaucoup de collectivités (association en participation, association non déclarée, tel organisme de droit privé comme le conseil de famille) qui, pour être pourvus de ces caractères, ne sont pas pour cela des personnes morales. Il ne peut, à notre sens, être question

1. HOUPIN et BOSVIEUX, éd., 1935, II, N° 1064.
2. *J.S.*, 1924, p. 466.

de classer le conseil dans une catégorie juridique déterminée, car il n'a lui même en tant que tel, ni objet propre, ni intérêt propre, étant tout entier subordonné à l'objet et aux intérêts sociaux, comme nous le verrons plus loin ; c'est là ce qui lui interdit au premier chef toute vie juridique indépendante. Il a néanmoins fallu un arrêt de Cour d'appel pour détruire ce mythe[1].

Il est vrai que, pour satisfaire au désir de classification du juriste, on pourrait proposer l'explication suivante : la société étant considérée comme un organisme vivant, le conseil constitue un de ses « organes », ce mot étant pris dans toute la force de son sens ; l'organe s'identifie alors avec la personne morale[2]. Mais cette explication, à supposer même qu'elle constitue une adhésion à une doctrine qui a eu quelque succès, n'est-elle pas néanmoins quelque peu verbale et ne suffit-il pas de dire que par son importance, son rôle, les garanties que l'on est obligé de lui demander, la société a un caractère de plus en plus réglementaire ? Et si la loi ne pose pas les principes de la réglementation, sur quelque point particulier comme le Conseil d'administration, on voit alors la pratique adopter une conception nécessaire, la réaliser dans les statuts en clauses qui deviennent de style et qui bientôt forment un usage. Que si l'on nous reprochait de refuser à cette construction un caractère général explicatif, nous proposerions alors de trouver la raison de cette carence dans le caractère transitoire du droit qui nous occupe, (et dont la loi du 16 novembre 1940 n'est en somme qu'une étape).

1. Riom, 1er août 1896, *Gaz. Trib.*, 6 octobre 1896. — Voir aussi Nantes, 9 juillet 1900, *J.S.*, 1901, p. 426.

1. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, II, p. 47.

Quel que soit son fondement juridique, il faut reconnaître que la jurisprudence pousse loin les conséquences du principe selon lequel le conseil d'administration constitue une entité distincte de ses membres ; c'est ainsi qu'il a été décidé qu'un conseil peut valablement interjeter appel d'un jugement ayant prononcé la nullité d'une assemblée, sans qu'on puisse objecter que les nouveaux membres qui ne figuraient pas dans l'instance ne pouvaient faire appel d'un jugement à l'égard duquel ils devaient être considérés comme des tiers[1].

1. Riom, 29 juillet 1907, *R.S.*, 1908, p. 245. — 1er juillet 1896, précité. — Seine, 15 mai 1901, *J.S.*, 1901, p. 451. — HOUPIN, 1896, p. 239.

CHAPITRE II

LE CONSEIL, ENTITÉ SOCIALE

Nous avons vu, au cours du chapitre précédent que le conseil constitue une entité distincte de ses membres. Nous nous proposons de montrer au cours de ce chapitre que les caractères de cette entité sont inspirés de principes exclusivement sociaux.

Tout d'abord, la durée du conseil est dans un rapport rigoureux avec celle de la société, comme nous le montrerons au cours d'un premier praragraphe.

Dans un deuxième paragraphe, on verra que les pouvoirs du conseil ne peuvent se comprendre que si l'on détache complètement le conseil du droit commun du mandat, pour lui appliquer des règles absolument propres, destinées à permettre et à faciliter l'accomplissement de ses fonctions dans la société : ces pouvoirs sont donc déterminés par des principes également sociaux.

Enfin, dans un troisième point, nous verrons qu'il n'est pas jusqu'aux obligations du conseil d'administration qui ne soient régies par les principes commandés, non par la situation de mandataire de chaque administrateur, mais par le rôle particulier du conseil en tant qu'organe de la société.

Enfin, nous montrerons que, hors ses caractères sociaux,

le conseil cesse d'être une entité pour redevenir une simple réunion d'individus.

I. — Le conseil et la durée sociale

En raison de sa nature, une société anonyme ne peut fût-ce pendant une période de courte durée, être administrée par la collectivité des actionnaires[1]. L'article 1859 Code civil n'a pas sa place dans la société anonyme, d'où la nécessité pour celle-ci d'être en permanence pourvue d'un organe d'administration ; cet organe, dit-on est « essentiel » pour la société anonyme[2]. En fait, si la durée du conseil est continue au cours de la vie sociale, cette continuité intéresse plus particulièrement le mandat de chaque administrateur et c'est ainsi que la jurisprudence, décide que ce mandat dure autant que l'exercice social et non pas seulement, autant que l'année civile[3].

Le conseil d'administration prend naissance, en quelque sorte, au point de vue juridique, exactement en même temps que la société ; c'est ce qui résulte de l'article 25 de la loi de 1867 : « le procès-verbal de la séance constate l'accep- « tation des administrateurs et des commissaires présents « à la réunion ».

Nous n'insisterons pas sur cette règle qui intéresse plus l'administrateur pris individuellement que le conseil considéré *in globo*.

En revanche, il semble que la jurisprudence attache des conséquences juridiques à la réunion effective des membres

1. Houpin et Bosvieux, II, N° 1025.
2. *Ibid.*
3. *D.*, 78.1.314. — *J.S.*. 1903, p. 67.

du conseil : interprétant l'article 22 qui oblige l'assemblée générale à choisir les administrateurs « parmi les associés », elle décide qu'il n'est pas nécessaire que l'administrateur soit propriétaire d'actions au moment même de sa nomination et qu'il suffit qu'il soit devenu associé lors de son entrée en fonctions[1]. Cette jurisprudence est en contradiction avec les termes formels de l'article 22, mais il est intéressant de constater que les tribunaux attachent plus d'importance au fonctionnement du conseil qu'à la nomination de l'administrateur en assemblée.

Par ailleurs, le conseil revêt dans le temps une sorte d'unité indépendante des variations qui peuvent se produire dans sa composition : pourtant, si l'on appliquait à la lettre la règle de l'article 2003 Code civil, tout mandat conféré par le conseil devrait être considéré comme caduc dès lors que les administrateurs ont été renouvelés (remplacement du conseil, démission collective) mais il est de pratique courante de considérer un mandat donné par le conseil comme indépendant de la composition de ce conseil ; le conseil est en somme comme assimilé à la société : ce pourrait être un argument en faveur de la doctrine organique de la société : c'est, dit Pic, « la société elle-même qui agit » mais les tribunaux évitent prudemment d'invoquer toute raison doctrinale et décident par exemple : « s'il était admis que les « contrats faits par un conseil d'administration deviennent « caducs le jour où celui-ci cesse d'exercer ses fonctions, « cela reviendrait à dire qu'il suffirait à des actionnaires

1. Cass., 26 février 1908, *D.P.*, 1909.1.410 et note, *J.S.*, 1908, p. 292. — Paris, 25 janvier 1924, *Gaz. Soc.*, 1924, p. 145. — Paris, 30 mai 1880, *J.S.*, 1890, p. 156. — Ce dernier arrêt est vivement critiqué par HOUPIN, *J.S.*, 1891, p. 18.

« de révoquer les administrateurs pour se libérer des obli-
« gations prises par eux au cours de la Société »[1]. Il y a là une argumentation utilitaire ne reposant sur nul concept juridique précis.

Enfin, il n'est pas admissible que le conseil pendant une période, même très brève, de la vie sociale ne fonctionne pas dans les conditions prévues aux statuts : la jurisprudence décide qu'un conseil doit toujours être composé du nombre minimum de membres prévu au pacte social ; et notamment elle oblige les assemblée générales à toujours désigner le nombre d'administrateurs nécessaires : « consi-
« dérant que lesdites assemblées (ordinaires) ne pourraient
« ni porter atteinte aux statuts ni enlever à quelques-uns
« des associés une des garanties, quelle qu'elle fût, sur
« laquelle ils avaient été en droit de compter lorsqu'ils
« avaient souscrit le capital social »[2]. Il s'agissait ici d'une assemblée ordinaire, qui avait désigné un nombre d'administrateurs inférieur à celui prévu aux statuts ; en parlant des « garanties... sur lesquelles (les associés) avaient été « en droit de compter ». Cet arrêt semble prendre en considération l'importance que représente pour chaque associé le fonctionnement le meilleur possible du conseil et ne se borne pas à parler de l'atteinte portée aux statuts.

Il semble, d'autre part, rigoureusement vrai que l'existence du conseil ne précède pas celle de la société ni ne se prolonge au delà de la date de la dissolution de celle-ci.

On a pu soutenir tout d'abord que pendant la période constitutive de la société, il se formait un embryon de la

1. Trib., com. Seine, 15 mai 1901, *J.S.*, 1901, p. 451. — Voir HOUPIN *J.S.*, 1896, p. 239 en note.
2. Paris, 20 mai 1887, *J.S.*, 1888, p. 306.

future personne morale[1] « les fondateurs d'une société « anonyme, écrit M. Lescot, dans la mesure où ils expriment « non plus leur volonté propre, mais une volonté de fonction, « agissent dèjà en qualité d'organes au moins provisoires « de la société ». Est-ce à dire que les fondateurs constituent eux-mêmes un embryon du futur conseil d'administration ? Si, en fait, les fondateurs seront un jour les administrateurs dans beaucoup de cas, il ne peut à notre sens y avoir là qu'une comparaison ; le mécanisme juridique du conseil est étranger aux agissements des fondateurs lesquels le plus souvent se répartissent la besogne et agissent individuellement ; d'autre part, « il résulte d'une jurisprudence « constante que les engagements pris par les fondateurs d'une « société ne lient pas la société... et restent à leur charge « personnelle si la société, une fois constituée, ne se substitue « pas à eux dans cette obligation »[2]. Il apparaît donc que le conseil n'existe pas avant le moment de la constitution de la société.

De même son existence ne paraît pas se prolonger au delà de la dissolution de la société : si la jurisprudence admet que la personne morale elle-même connaît une espèce de « survie », du moins limite-t-elle ce phénomène exceptionnel aux « nécessités de la liquidation »[3]. Dans cette circonstance, il ne peut, par hypothèse même, y avoir de place pour le conseil d'administration ; à celui-ci se substitue un liquidateur ou un conseil de liquidation. C'est bien ce que décide

1. Lescot, *Essai sur la période constitutive des personnes morales*, thèse, Dijon, 1913. — Massart, *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive.*

2. Trib., civ., Seine, 26 octobre 1926, D., 1927.2.56. — Cf. *J.S.*, 1909, p.186 ; 1907, p. 171.

3. Bastian, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *J.S.*, 1937.1.65. — Cass., 29 mai 1865, S., 65.1.325.

la jurisprudence[1] : en cas de faillite, le conseil d'administration doit rester en fonction tant que la dissolution n'a pas été prononcée. On ne pourrait inférer le contraire de ce que la jurisprudence décide parfois que le conseil peut et doit rendre compte de sa gestion à l'assemblée générale des actionnaires, même après la dissolution de la société : en effet, la reddition des comptes n'est pas un acte qui, en soi-même, postule l'existence du conseil, et nous verrons bientôt qu'un conseil peut très bien n'être pas en mesure de prendre des délibérations valables, et ne cesse pas pour cela d'être obligé de rendre ses comptes[2].

II. — Les pouvoirs sociaux du conseil

Avant même de déterminer les pouvoirs du conseil, il importe de bien préciser à qui ils appartiennent. En principe le mandat est donné par l'assemblée générale aux seuls administrateurs pris *ut singuli* ; par suite leurs pouvoirs devraient leur appartenir, également *ut singuli*. Pourtant il n'en est rien : la doctrine admet généralement qu'en l'absence de précision dans les statuts les pouvoirs appartiennent non pas aux administrateurs, mais au conseil[3]. C'est donc que les pouvoirs qui appartiennent aux administrateurs ne proviennent pas du mandat qu'ils ont reçu de l'assemblée générale : le mandat qu'ils ont reçu ne semble pas dépasser la portée d'une simple désignation d'une personne en vue de prendre part aux délibérations du conseil. Quant aux pouvoirs ils appartiennent au conseil,

1. Cass., 18 juin 1802, D.P., 1902.1.385, note Lacour.
2. Paris, 4 août 1896, *J.S.*, 1897, p. 433.
3. Houpin et Bosvieux, II, N° 1048.

quels que soient les changements dont il soit l'objet. Or, il est évident que les statuts ne donnent pas un mandat au conseil. En réalité ces pouvoirs paraissent résulter bien plus d'une clause contractuelle, ou mieux encore, d'une sorte de réglementation statutaire. Si donc un administrateur agissait seul, on devrait considérer les actes passés par lui comme nuls et l'on devrait bien plutôt dire que c'est par « usurpation de pouvoirs » que par « excès de pouvoirs ». Finalement les pouvoirs du conseil ont un caractère réglementaire dans la société : le conseil apparaît alors comme un organe dont l'existence et l'action ne dépendent pas de la volonté de l'assemblée générale.

En revanche, les pouvoirs reprennent un tout autre sens s'ils appartiennent à un administrateur unique. Ici on applique purement et simplement les règles du mandat.

On a montré depuis longtemps que, avec le développement des grandes entreprises en sociétés anonymes, l'action au lieu d'être pour l'actionnaire un droit à la participation aux tâches sociales en même temps qu'un droit aux bénéfices et au partage éventuel des biens sociaux, comme c'était en somme la conception du législateur de 1867, est devenue « un droit contre la société, un droit de créance »[1], sinon juridiquement, du moins dans l'esprit de la grande majorité des actionnaires : cette désaffection de la gestion active, telle qu'on a pu envisager de lutter contre « l'absentéisme » en assemblée générale[2] a augmenté le rôle effectif du conseil d'administration au sein de la société et au détriment de l'assemblée générale. Est-ce que le silence du

1. WAHL, *Précis théorique et pratique du droit commercial*, n° 1321.
2. CAMMERLYNCK, *De l'intuitus personae dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1929, p. 64 et suiv.

législateur, relativement au pouvoir du conseil d'administration signifie qu'il a voulu laisser en ce domaine toute liberté aux conventions des parties[1] ? Il apparaît plus simplement que l'évolution de la situation et du droit des sociétés a fait du conseil la « cheville ouvrière »[2] de l'entreprise, que, de plus en plus, la société anonyme est dégagée de l'emprise du capital pour dépendre presque exclusivement en fait d'un personnel qui se recrute le plus souvent dans les mêmes milieux sociaux par un véritable procédé de cooptation, ce qui aboutit à une sorte de transmission « dynastique » des sièges d'administrateurs[3].

Mais si le rôle du conseil n'a cessé de croître, il faut bien reconnaître aussi que celui-ci n'a cessé de se spécialiser : en fait, il transmet la plus grande partie de ses pouvoirs à l'administrateur-délégué ou au directeur général, de telle sorte que, comme nous le verrons plus loin, les attributions du conseil se réduisent, bien souvent, à un simple rôle de surveillance.

L'article 22 de la loi de 1867 qui dispose : « les sociétés « anonymes sont administrées par un ou plusieurs manda- « taires... » est de ces textes qui, comme les articles 112, 131, 450, 1428 Code civil, ont suscité le plus de commentaires et de difficultés ; et il est bien certain que l'on ignore encore le sens du mot « administrer », qu'il soit ou non escorté d'un qualificatif tel que « libre », « pure », « entière ».

Quel est le contenu de la notion d'administration dans les sociétés anonymes lorsque les statuts ne fixent pas les pouvoirs du conseil d'administration ?

1. Cordonnier, *J.S.*, 1931, p. 513.
2. Thaller, N° 655 bis.
3. M. Ripert, à son cours de droit commercial professé à la Faculté de Droit de Paris, année 1934-1935.

La notion d'administration a fait en doctrine l'objet de nombreuses recherches : tantôt opposé à l'acte d'aliénation[1] dans la doctrine classique, tantôt considéré comme « englobant tous les actes nécessaires ou utiles à la gestion « du patrimoine »[2], tantôt identifié avec l'acte de disposition et opposée à l'acte conservatoire[3], tantôt au contraire, opposé à l'acte de disposition comme à l'acte conservatoire[4], l'acte d'administration est enfin défini par M. le Professeur Bonnecase par la formule suivante : « l'acte d'administra- « tion est un acte juridique concernant un bien isolé ou un « patrimoine de famille considéré dans ses éléments concrets « et tendant à la mise en valeur de l'élément capital de ce « patrimoine par définition essentiellement stable, soit à « l'appropriation ou à l'utilisation des revenus de cette « mise en valeur, sans que l'existence au sein du patri- « moine, l'individualité ou la valeur dudit élément soient « en rien compromis »[5]. Cette formule d'un caractère peut-être plus proprement économique et descriptif que juridique, semble marquer l'aboutissement des travaux de la doctrine sur la notion générale d'acte d'administration.

Et il semble, en effet, que la jurisprudence attache une grande importance aux conséquences économiques en soi des actes passés par le conseil : un acte d'administration courante, par exemple : recevoir paiement et en donner décharge[6], un acte d'aliénation portant sur un meuble

1. DEMOLOMBE-PONT.
2. AUBRY et RAU, I, p. 445 et suiv.
3. GOLDSMIDT, *Etude sur l'acte d'administration en droit français*, thèse, Paris, 1898, p. 13 et p. 50.
4. TRASBOT, *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1925.
5. BONNECASE, *Eléments de clinique juridique*, N[os] 82 et 83.
6. Trib. Seine, 9 juillet 1898, *J.S.*, 1899, p. 38.

corporel ou incorporel[1] sauf s'il porte sur un fonds de commerce[2] et, enfin, un acte de commerce telle que l'émission d'une lettre de change[3] font, semble-t-il, à ses yeux, partie des pouvoirs légaux du conseil. En revanche une aliénation immobilière[4], une donation qui ne soit pas une gratification d'usage[5] semblent en revanche esclus par elle de ses pouvoirs légaux d'administration.

Mais cette vue schématique est grossière. Effectivement il est des cas où la notion d'aliénation est tout d'abord imprécise : il en est ainsi pour l'emprunt que la jurisprudence considère tantôt dépassant les pouvoirs du conseil[6] alors qu'il s'agit d'emprunts obligataires ou garantis tantôt comme permis légalement aux administrateurs[7], sous le prétexte qu'il s'agit d'un emprunt de faible importance, notion dépourvue de toute rigueur juridique et, par là même, inutilisable dans la pratique : pourtant la doctrine n'est pas restée insensible à cette distinction[8]. En ce qui concerne le droit de transiger et de compromettre et celui d'intenter des actions judiciaires et d'y répondre, même incertitude[9] : dans cette dernière hypothèse la doctrine distingue volontiers entre l'action judiciaire ayant pour objet l'acte d'administration et celle qui n'a pas pour objet

1. Trib. civ., Amiens, 2 mai 1907, D.P., 1908.2.166.
2. Paris, 18 juin 1907, *J.S.*, 1908, p. 458.
3. Pic, N° 470, note 2, D., 1862.1.483.
4. Cass., 29 janvier 1868, D., 1869.1.140. — 3 février 1889, S., 91.1.525. — Pau, 16 mars 1892, S., 93.2.125.
5. Baudry-Lacantinerie et Wahl, N° 303. — Arthuys, N° 241. — Thaller et Pic, N° 474.
6. Cass., 22 janvier 1867, D., 1867.1.169.
7. Cass., 12 janvier 1867, précité. — Lyon, 13 mars 1876, D., 77.2.49. — Lyon, 22 décembre 1886, *J.S.*, 1889, p. 349, voir aussi *J.S.*, 1907, p. 315 ; 1915, p. 119, D., 72.1.268.
8. Villard, thèse précité, N° 74. — Arthuys, N° 549. — Thaller et Pic, N° 446.
9. Rapprocher Cass., 1er avril 1834, S., 34.1.794. — Cass., 1er mars 1921, *J.S.*, 1922, p. 263. Voir aussi Cass., 29 août 1859, S., 1860.1.526.

un acte d'administration[1] et l'on cite une jurisprudence qui s'inspirerait de cette distinction[2], laquelle a pourtant pour fâcheux effet de répondre à la question par la question.

Il faut reconnaître, en effet, qu'il y a un malaise en doctrine comme en jurisprudence en ce qui concerne la matière des pouvoirs du conseil : il semble provenir de ce que le problème a été posé de façon trop générale, comme si l'acte d'administration était le même, en droit civil pour le tuteur, par exemple, qu'en droit commercial pour le conseil d'administration. Nous croyons même que la question n'a pas été posée plus adroitement lorsque, sur la foi de quelques décisions, on a prétendu que les pouvoirs légaux des administrateurs de sociétés anonymes sont ceux des gérants des sociétés en commandite[3], alors que ceux-ci sont encore à définir, et que l'on voit d'autres auteurs, parlant de ces derniers, décider que leurs pouvoirs légaux sont les mêmes que ceux du conseil d'administration de la société anonyme[4] : cette assimilation, qui a d'ailleurs été combattue pour cette raison que les pouvoirs des gérants, responsables sur leurs biens des engagements sociaux ne peuvent pas être raisonnablement les mêmes que ceux du conseil d'administration[5] aboutit visiblement à un cercle vicieux.

Il fallait, pour préciser cette notion délicate, transporter la question sur un terrain purement technique du droit des

1. LYON-CAEN et RENAULT, n° 819. — THALLER et PIC, N° 1145.
2. Chambéry, 5 novembre 1901, *J.S.*, 1902.462. — Lyon, 4 février 1892, *J.S.*, 1892, p. 368. — Cass., 24 mai 1870, S., 70.1.407.
3. HOUPIN et BOSVIEUX, II, N° 1071.
4. LACOUR et BOUTERON, N° 534.
5. WAHL, précité. — VAVASSEUR, t. II, N° 821 *Traité des sociétés civiles et commerciales.* — DROIN, *Les pouvoirs des conseils d'administration des sociétés anonymes*, thèse, 1912. — MATARD, *Les pouvoirs du conseil d'administration*, thèse, Bordeaux, p. 44 et suiv.

sociétés anonymes : Lyon-Caen et Renault[1] les premiers, montrèrent, après Pardessus, peut-être[2], que la méthode générale de détermination de l'acte d'administration ne pouvait conduire qu'à une impasse, et quil fallait notamment considérer que le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes qui sont conformes à l'objet social et rien que ceux-là. Bourcart[3] a repris cette doctrine et l'a formulée ainsi : « le conseil a le droit de faire les actes en vue desquels (la société) a été formée... ce qui comprend nécessairement quelques actes de disposition ». Cette formule semble bien conforme aux besoins du commerce, lequel comporte des procédés de gestion où l'acte de disposition, bien loin d'être l'exception, est la règle. Et si l'on recherche avec tant d'insistance une formule satisfaisante c'est en raison du conflit éternel entre le besoin de liberté d'action de celui qui agit (le conseil) en vue d'une efficace gestion, et la nécessité d'apporter des garanties à celui pour le compte duquel il agit.

C'est bien ce que paraît admettre la jurisprudence[4]. L'arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1921 (précité) est particulièrement intéressant à cet égard en ce qu'il valide la vente d'un fonds de commerce, motif pris de ce que la société intéressée avait pour objet l'achat et la revente de ce fonds. De même, un arrêt a pu valider une vente d'immeuble effectuée par une société immobilière. La théorie générale et économique de l'acte d'administration eût été insusceptible d'apporter une solution aussi souple

1. Traité, 2e édit., N° 259.
2. Cours de droit commercial, III, N°s 1013 et 1014.
3. Note au S., 1926.1.5.
4. Trib. com. Roubaix, 28 janvier 1927, *G.P.*, 1928.1.311. — Cass., 14 juin 1921, S., 1921.1.295.

dans un problème si délicat : mais la vente du fonds de commerce, mais la vente de l'immeuble faisaient partie de l'objet social ; la théorie de Bourcart rend bien compte de la régularité de ces opérations. Pourtant, à peine suggérée par Lyon-Caen et Renault, et pas encore formulée par Bourcart, cette théorie avait déjà été combattue[1] : l'objet social, a-t-on dit, est une notion bien vague et il est des cas limite où l'on ne pourra dire si l'acte est, ou non, conforme à l'objet social ; mais cette objection a perdu quelque peu de sa valeur depuis que le décret-loi du 8 août 1935 oblige les sociétés à publier leur objet social ; cependant il faut bien reconnaître que la clause qui définit l'objet social n'est pas toujours d'une très grande précision.

On pourrait aussi élever contre cette théorie les critiques suivantes :

— tout d'abord le conseil accomplirait certainement bien des actes qui lui sont interdits, si on lui permettait de passer tous ceux qui sont conformes à l'objet social, comme l'emprunt obligataire et l'augmentation de capital, conçus pour développer l'entreprise ;

— ensuite la théorie de l'objet social, faisant appel à la notion de cause-but, il faudrait rechercher, dans tous les actes passés par le conseil, la cause réelle de ces actes, chose difficile, notamment pour les actes abstraits si fréquemment accomplis par le conseil comme l'émission d'une lettre de change, et peut être même impossible pour l'emprunt, acte synallagmatique unilatéral, qui ne trouve pratiquement sa cause que dans l'affectation donnée aux fonds avancés. Accueillir cette théorie dans toutes ses

1. Bouvier-Bangillon, *J.S.*, 1900, p. 529.

conséquences serait obliger les tiers à apporter la preuve de la licéité de la cause des actes passés par le conseil, solution singulièrement rigoureuse dans la plupart des cas.

Cette théorie a, du moins, l'incontestable mérite de mettre l'accent sur le caractère essentiellement social des obligations du conseil et si elle présente, parfois, quelques lacunes, il ne faut pas oublier qu'elle est la seule à rendre compte, grâce à une construction harmonieuse, unitaire, de l'apparente diversité des pouvoirs du conseil.

Pour déterminer la limite des pouvoirs que le conseil pourra recevoir des statuts ou de l'assemblée générale c'est encore à cette théorie qu'il faudra avoir recours. Ainsi il ne semble pas possible que les statuts puissent autoriser le conseil a aliéner tous les immeubles sociaux, car ce serait contraire à l'objet social. D'une façon générale il y aura, et il devra y avoir, un lien entre la clause statutaire, qui définit l'objet social, et celle qui fixe les pouvoirs du conseil : la jurisprudence s'attache, semble-t-il, à assurer le respect de la clause statutaire fixant l'étendue de l'objet social.

Mais la théorie de l'objet social n'est pas, sur le terrain technique où nous avons placé la détermination des pouvoirs légaux du conseil, suffisante pour rendre compte des limites nécessaires de ces pouvoirs. La place du conseil dans la hiérarchie sociale[1] assigne à celui-ci un rôle qu'il ne saurait dépasser sans empiéter sur les attributions de l'assemblée générale et on peut même se demander si, dans le cas où le conseil a délégué certains de ses pouvoirs au directeur général ou à l'administrateur-délégué, il ne

1. Voir sur la notion de hiérarchie sociale, *infra*, chap. III.

lui serait pas interdit de les exercer concurremment avec celui auquel il les a délégués. Si, en droit, le mandant ne perd pas les pouvoirs qu'il confère au mandataire, en fait dans les sociétés anonymes la pratique s'habitue à voir dans le mandat donné au directeur ou à l'administrateur-délégué une véritable « délégation de pouvoirs » entraînant en quelque sorte, pour le conseil, renonciation à les exercer. Nous verrons que la loi du 16 novembre 1940 semble se rapprocher d'une telle conception. Autre manifestation du principe de la hiérarchie sociale : on s'est demandé si les statuts pourraient permettre aux administrateurs de déplacer le siège social : la Cour de Paris a décidé que c'était là « une modification au pacte social » et a annulé la décision prise en vertu de ce pouvoir statutaire[1]. La doctrine n'est d'ailleurs pas unanime sur ce point ; un auteur a pu soutenir que le déplacement du siège social par le conseil peut être conforme à l'intérêt social[2] ; de même les statuts ne pourront point dessaisir le conseil de son rôle légal de surveillance ; dans le même ordre d'idées l'assemblée générale des actionnaires n'aurait pas qualité pour une décision entraînant des conséquences comparables : ainsi il a été jugé que l'assemblée générale des actionnaires ne peut nommer un directeur général et l'affranchir de la surveillance que le conseil a le droit et le devoir d'exercer sur lui.

Pour conclure, nous n'avons pas tenté d'envisager toute la question des pouvoirs du conseil d'administration, mais seulement de faire ressortir, en définitive :

— tout d'abord que le droit qui régit ces pouvoirs légaux

1. Paris, 27 novembre 1931, S., 31.1.167.
2. Cf. Fromont de Bouaille, voir aussi Décugis, N° 378.

ne dépend pas des règles générales du mandat civil ; on ne saurait, pour les déterminer se référer aux règles du droit commun et l'on ne peut les rechercher que dans le droit essentiellement technique des sociétés anonymes, lequel s'exprime par les théories de l'intangibilité de l'objet social et de la hiérarchie sociale ;

— ensuite, et bien plus, que ce droit n'est que l'expression de l'activité dont le conseil est investi tant par la pratique que par les mœurs modernes des sociétés anonymes le conseil est devenu une entité sociale pourvue de pouvoirs en rapport avec son rôle spécial au sein de la société et l'on ne peut les comprendre que si l'on a envisagé tout d'abord tout ce qui fait le particularisme du droit du conseil.

III. — Les obligations sociales du conseil

Nous n'étudierons ici que les obligations générales du conseil, les obligations spéciales ne nous paraissant pas présenter d'autre intérêt que celui d'en réunir une nomenclature aussi complète que possible.

La doctrine semble en retard sur la jurisprudence. On voit des auteurs, qui font autorité, déclarer que ces obligations générales sont celles du mandataire, et renvoyer purement et simplement aux règles qui gouvernent le mandat civil[1]. En effet, ces auteurs continuent à considérer le conseil comme une simple addition de mandataires : or, si cette conception est exacte lorsqu'on considère les administrateurs individuellement, elle cesse d'être vraie lors-

1. Houpin et Bosvieux, II, N° 1054.

qu'on étudie les caractères du conseil en tant qu'entité : organe d'administration bien plus que mandataire, le conseil a des caractères propres et, pour les comprendre, il ne peut plus être suffisant de se référer aux règles générales du mandat : ses obligations sont la conséquence de sa position au sein de la société : elles sont, elles aussi, essentiellement sociales. Que l'on considère, au contraire, l'administrateur unique. Celui-là a vraiment tous les caractères d'un mandataire. Ses obligations ne seront pas nécessairement sociales parce que l'administrateur unique a toujours, dans les mœurs des sociétés anonymes modernes, un rôle profondément différent de celui du conseil : il concentre presque tous les pouvoirs entre ses mains, il se confond avec la société qui le plus souvent n'est que le « paravent juridique » de son patrimoine personnel, D'autre part, nous allons voir que la principale obligation du conseil est celle de surveillance : elle n'aurait même pas de raison d'être ici, soit qu'elle soit réciproque (et il n'y a qu'un administrateur), soit qu'elle s'exerce sur un mandataire général du conseil (et cet administrateur réunira sur sa tête la double qualité d'administrateur-délégué et de directeur général).

Aussi la conception de cette doctrine paraît-elle bien vieillie. Il ne s'agit certes pas de suivre une autre doctrine qui, par une vue plus politique que juridique, voit dans le conseil l' « organe exécutif » de « la République société » lequel aurait pour première obligation « d'assurer la vie interne de la société »[1].

Entre ces deux tendances, l'une excessivement conser-

1. COPPER-ROYER, II, N° 305.

vatrice, l'autre aventureuse (et dont on ne conçoit guère, du reste quelles conséquences juridiques elle pourrait entraîner) on ne pourra comprendre les véritables obligations générales du conseil que si l'on n'oublie pas qu'il constitue une entité et un organe social.

Tout d'abord le conseil semble assujetti à une *obligation de contrôle* (distincte, à notre sens, de l'obligation de surveillance dégagée plus loin). Dans la réalité de la vie des sociétés le conseil ne participe pas directement aux affaires : il ne décide des affaires qu'une fois qu'elles ont été préparées par des tiers (soit simples employés de la société, soit administrateurs-délégués,. directeurs, etc...), il n'a pas le maniement des fonds sociaux, il ne participe pas à la tenue de la comptabilité, enfin il ne peut entrer dans les détails techniques de l'entreprise. Il semble qu'en contre-partie de cette méthode, purement générale, de gestion, le conseil soit investi de devoirs de contrôle de la régularité de toute l'activité sociale. S'il ne participe pas constamment il doit, du moins, contrôler et a, pour ce faire, les pouvoirs les plus étendus. La jurisprudence semble définir le contrôle comme un acte ou un ensemble d'actes de nature purement techniques prenant pour objet les documents, magasins, usines, etc... de l'entreprise. Le contrôle porte sur les choses et il semble que la jurisprudence la plus récente pose un principe singulièrement sévère : un arrêt de la Cour de Colmar en date du 12 décembre 1936[1] décide que « les « administrateurs ne sont pas tenus d'exercer un contrôle « plus approfondi que celui d'un expert ». Une telle obligation, aussi étendue, ne paraît pouvoir être imposée qu'à

1. *Revue Alsace-Lorraine*, 1937, p. 88.

un mandataire salarié[1]. On remarquera que dans l'espèce, la cour considérait que l'obligation de contrôle est bien à la charge du conseil considéré « *in globo* » puisque la condamnation qu'il a prononcée frappant collectivement le conseil d'administration. A l'obligation de contrôle du conseil correspond bien le droit individuel de contrôle de chaque administrateur. Ce droit est là pour permettre l'accomplissement de l'obligation, et il sera le plus souvent exercé au nom du conseil tout entier : chaque administrateur pourra se faire communiquer toutes pièces, en prendre copie, etc... La seule limite à l'exercice de son droit sera de ne pas gêner le fonctionnement de la société[2].

L'obligation de surveillance à laquelle est en second lieu assujetti le conseil semble avoir uniquement pour objet les personnes, en quoi elle se distingue de l'obligation de contrôle. Le plus souvent d'ailleurs la négligence relevée à la charge des administrateurs proviendra d'une carence tant dans le contrôle que dans la surveillance.

Il convient de souligner tout d'abord que la jurisprudence ne s'est jamais, pour la détermination de la responsabilité du conseil, référée à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. Il ne semble donc pas exister d'obligations absolue de surveillance et la jurisprudence a même pu parfois paraître particulièrement indulgente à son égard ainsi qu'en témoigne l'arrêt conçu dans les termes suivants : « C'est à bon droit que la Cour d'appel a « rejeté la demande... lorsqu'elle constate qu'aucun des « défendeurs n'a commis de faute lourde, et qu'on peut

1. Lyon-Caen et Renault, N° 824. — Thaller et Pic, N° 1199.
2. Gontier, *Le directeur et l'administrateur-délégué de la société anonyme*, thèse, Paris, 1911.

« seulement leur reprocher d'avoir été trop confiants ou « insuffisamment soupçonneux »[1]. Mais nous verrons que la jurisprudence dans son dernier état tend à se rapprocher de cette conception, sans toutefois se fonder sur l'article1384 Code civil.

Quel est le contenu de l'obligation de surveillance ?

On doit tout d'abord décider que les administrateurs ont le devoir de se surveiller entre eux : cette surveillance réciproque intervient principalement dans le cas où le conseil conserve l'administration effective de la société, ou pour employer un terme plus moderne, la direction. Mais le plus souvent le conseil avait à exercer une surveillance collective sur des tiers (tiers étant pris ici dans le sens de « personnes ayant une activité juridique propre, étrangère à celle du conseil ») : administrateur-délégué, président investi de pouvoirs de direction, directeur général « étranger » ou non à la société.

Il semble qu'il convienne de distinguer dans cette dernière hypothèse, la position de la doctrine de celle de la jurisprudence.

Les bases de la doctrine nous paraissent contenues dans une note de M. le Professeur Hamel (D., 1933.1.89 sous Cass. req., 1er déc. 1931) cherchant une règle générale de détermination de la responsabilité des administrateurs. Celui-ci semble la trouver dans une obligation de surveillance mise à leur charge, ou, plus exactement à la charge du conseil, tout manquement à cette obligation entraînant généralement la responsabilité collective du conseil. L'auteur voit d'ailleurs dans cette obligation, un élément juridique

1. Cass. Req., 24 juillet 1931, *R.S.*, 1932.

exceptionnel des règles générales du mandat et ressortissant aux principes spéciaux du droit des sociétés anonymes. Aussi fonde-t-il cette obligation sur les termes mêmes de la loi de 1867. C'est ainsi que se forme progressivement un droit original, faisant du conseil une entité régie par un faisceau de règles de nature essentiellement sociales. M. Hamel établit (implicitement) une sorte de gradation dans cette obligation de surveillance.

Le conseil a pu tout d'abord désigner un directeur étranger à la société, cas prévu par l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 : « Ces mandataires... peuvent se substituer « un mandataire étranger à la société, dont ils sont respon- « sables envers elle » ; ce texte met, semble-t-il, à la charge du conseil une obligation, en quelque sorte absolue, de surveillance. M. Hamel est partisan de cette solution : « à « la *culpa ni vigilando*, dit-il, se superpose la *culpa in* « *eligendo* ». Il montre comment cette responsabilité spéciale trouverait sa base dans le seul article 22 édictant une règle spéciale, différente de celle de l'article 44 et par là ne se référant pas au « droit commun ». Une telle solution, très voisine des principes de la responsabilité des commettants du fait des préposés, aboutirait à rendre le conseil responsable des actes du directeur étranger, alors même qu'il aurait été victime de manœuvres particulièrement difficiles à déjouer. (Or la jurisprudence ne semble pas aller aussi loin).

La qualité de simple associé du directeur ne changera rien à l'obligation du conseil : car qu'est-ce que posséder une action ? ce qui importe pour déterminer le contenu de cette obligation c'est de savoir si le choix du conseil s'est

porté sur une personne à laquelle l'assemblée a fait ou non confiance en la désignant comme administrateur[1]. A notre sens, ne devrait cependant pas être considéré comme « étranger à la société » un directeur désigné par les statuts, car sa désignation aurait été implicitement approuvée par l'assemblée générale et sa situation équivaudrait par là à celle d'un administrateur.

Au contraire, le directeur a pu être choisi dans le sein du conseil : « ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur » dispose l'article 22 prévoyant cette situation. Là aussi M. Hamel rejette le recours au droit commun pour déterminer l'étendue de l'obligation de surveillance du conseil, l'article 1994 Code civil supprimant toute responsabilité pour le conseil, du fait de ce mandataire substitué, puisque la nomination d'un administrateur-délégué est le plus souvent autorisée par les statuts et que, d'autre part, il sera bien rare que l'administrateur délégué soit une personne « notoirement incapable ou insolvable ». « Comme « la mission des administrateurs n'est plus alors qu'une « mission de surveillance et de contrôle, les demandeurs en « responsabilité doivent établir... la faute de surveillance... » écrit M. Hamel[2], et pour lui la preuve que l'obligation de surveillance a été scrupuleusement remplie suffira àexonérer le conseil de sa responsabilité, solution infiniment moins rigoureuse que lorsqu'il s'agissait de la surveillance du directeur étranger.

Il est actuellement hors de doute que l'obligation de surveillance constitue la base principale de la responsabi-

1. MATHIEU et BOURGUIGNAT, N° 178.
2. *Contra* : GONTIER, thèse précitée, N° 154. Voir aussi : HAMEL, *R.S.*, 1923, p. 143.

lité du conseil. Comme l'écrit M. Hamel : « ce devoir de surveillance méritait d'être souligné : il semble qu'il tende à prendre chaque jour une place plus importante dans le rôle des conseils d'administration des sociétés anonymes. A mesure que se développent les grandes sociétés par actions, le conseil voit diminuer son activité effective : les administrateurs-délégués et les directeurs généraux exercent une activité commerciale ou industrielle que la collégialité du conseil ne lui permet guère de conserver. Ainsi le mandat de gestion se transforme en un mandat de surveillance, auquel s'adjoint souvent le mandat de gérant collectif : or, ce mandat est très strict et toute faute dans son accomplissement met en jeu la responsabilité des administrateurs ».

Si telle est bien la base, en quelque sorte morale (ce mot étant pris dans son sens propre), de l'obligation de surveillance, il semble que la jurisprudence arrive à des conclusions différentes de celles de la doctrine.

Tout d'abord, elle ne nous a pas paru faire de distinction dans la détermination de l'obligation de surveillance, selon que la direction étant confiée à une personne étrangère ou non à la société. Ainsi un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 juin 1936[1] paraît extrêmement sévère pour le conseil, s'agissant de déterminer sa responsabilité du fait de l'administrateur-délégué : « Attendu que, pour faire droit à la « demande, l'arrêt attaqué constate souverainement que X.. « et X..., chargés par la loi et par les statuts de surveiller « l'administrateur-délégué, se sont bornés à lui donner « l'ordre de déposer à la banque les fonds provenant de la « souscription et de ne pas en disposer pour lui, mais qu'ils

1. Cf. D., 1936.2.411.

« ont omis de s'assurer de l'exécution de cet ordre, de rece-
« voir les comptes de leur agent... ». Un arrêt postérieur de la même juridiction[1] semble avoir même établi une sorte de présomption de non surveillance, alors même qu'il s'agissait, ici aussi, de l'administrateur-délégué : aux arguments des administrateurs faisant observer qu'il n'avait pas été relevé de faute à leur charge, la Cour, se refusant en quelque sorte à ce que les intéressés démontrassent qu'ils n'avaient commis aucune faute de surveillance, décidait : « si la surveillance
« des administrateurs avait été effective comme elle aurait
« dû l'être, les agissements relevés n'auraient pu se pro-
« duire ». On ne trouve point dans la jurisprudence de distinction expresse selon que le conseil avait à surveiller un directeur étranger ou non à la société. La Cour de cassation semble de plus en plus rigoureuse dans la détermination du contenu de l'obligation de surveillance, principalement ces toutes dernières années : ainsi on avait pu voir, en 1931, la Cour de cassation décider que « c'est à bon droit que la Cour
« d'appel a rejeté la demande... lorsqu'elle constate qu'aucun
« des défendeurs n'a commis de faute lourde, et qu'on peut
« seulement leur reprocher d'avoir été trop confiants et
« insuffisamment soupçonneux... ». On voit par cet exemple le chemin parcouru de 1931 à 1938 ; il faut chercher la raison de cette évolution dans les nombreux scandales financiers de ces dernières années qui ont jeté, il faut bien le reconnaître, une sorte de discrédit sur la fonction d'administrateur. Un arrêt récent de la Chambre des requêtes semble revenir à une formule moins rigoureuse, lorsqu'il condamne un un conseil, motif pris de ce que « les actes de

2. Cass. Req., 1er mars 1938, *G.P.*, 38.1.806.

« l'administrateur-délégué n'étaient pas de nature à « échapper à la surveillance et au contrôle normal que les « administrateurs sont tenus d'exercer sur les actes de leurs « délégués, et sur le fonctionnement de l'entreprise ». On voit en tout cas que cet arrêt ne fait pas la distinction entre les différents délégués du conseil. La formule est aussi générale que possible et comprend les délégués aussi bien que l' « entreprise ». Aujourd'hui l'intervention des tribunaux paraît plus moralisatrice que strictement juridique ; aussi le fait domine-t-il le droit en cette matière, et la distinction doctrinale semble-t-elle complètement oubliée, comme paraît notamment le démontrer l'arrêt de la chambre des requêtes du 1er mars 1938.

Mais cette récente rigueur conduit-elle les tribunaux à asseoir la responsabilité du conseil sur une présomption de surveillance ? Si l'arrêt du 1er mars 1938 semble impliquer une telle tendance, nous ne croyons pas qu'on doive nécessairement arriver à une telle conclusion. Tout d'abord il n'y a pas ici de texte impératif comme l'article 1384 Code civil ; l'article 22 de la loi de 1867 n'a jamais, en jurisprudence, été interprété dans un pareil sens. D'autre part, la Cour de cassation semble bien motiver ses arrêts bien plus en fait qu'en droit. Il y a là une justice fondée sur une sorted'opportunité ou d'équité. Le statut des administrateurs, ici aussi, est loin d'être fixé. On a pu voir des arrêts exonérer de toute responsabilité un conseil trompé par les manœuvres dolosives de l'administrateur-délégué. Nous ne croyons pas que l'évolution, toute récente, de la jurisprudence dans le sens d'une rigueur plus grande doive, même sur ce point précis, aboutir à la responsabilité objective du conseil.

L'arrêt du 1er mars 1938, lui-même, eût pu être autrement motivé si l'administrateur-délégué s'était livré à des manœuvres, des maquillages trop savants pour être déjoués, même par un administrateur diligent. La notion de responsabilité de commettant du fait du préposé ne peut avoir sa place ici : le dernier arrêt précité de la Chambre des requêtes semble bien venir le prouver ; il parle, en effet « d'actes « d'administrateurs qui n'étaient pas de nature à échapper « à la surveillance du conseil ». Il y a donc là un domaine où la Cour de cassation paraît réserver au juge du fond un pouvoir d'appréciation, et l'on peut penser que la responsabilité des administrateurs ne serait pas entraînée à la suite de manœuvres dolosives ou frauduleuses du délégué du conseil, quel qu'il soit ; car l'activité de l'administrateur-délégué ou du directeur ne profite pas au conseil, mais à la société ; de ce fait la base de l'idée de profit reconnue à l'article 1384, alinéa 5, ne se retrouve pas ici ; d'autre part, comme nous le verrons au cours du prochain chapitre, il n'existe pas de lien de subordination entre le conseil et l'administrateur-délégué ou le directeur général.

Il faut bien reconnaître que la jurisprudence qui, progressivement, a dégagé une notion d'obligation, de surveillance, elle-même absolument propre et indépendante du droit commun du mandat, n'a aucune base légale définie ; purement prétorienne, nullement enfermée dans les termes d'un texte, elle ne peut être délimitée avec une précision absolue, étant d'ailleurs encore en pleine évolution. Nous aurons à examiner si la loi du 16 novembre 1940 est susceptible d'avoir sur elle une influence.

Nous venons de voir que le conseil constitue une entité

sociale. Mais nous croyons qu'il convient d'aller plus loin : dès lors que l'intérêt social cesse d'être en jeu, le conseil lui-même perd son caractère d'entité.

C'est ainsi que lorsqu'il s'agit de l'intérêt personnel des seuls administrateurs, l'individu reparaît et garde seul une valeur juridique. Il est courant aujourd'hui que les statuts attribuent tantièmes et jetons de présence au conseil d'administration globalement, mais là s'arrête, à notre sens, le mécanisme de l'entité : les jetons de présence constituent pour les administrateurs un avantage personnel, intérêt absolument distinct de l'intérêt social : par suite la séance du conseil au cours de laquelle sera décidée la répartition de ces avantages n'aura pas nécessairement, à notre sens, le caractère d'une délibération où le conseil prend des décisions de nature sociale. Ainsi, il semble qu'il ne sera pas nécessaire de respecter les règles habituelles de réunion : il s'agit de l'intérêt de chaque administrateur.

Par suite :

— la décision ne pourra plus dépendre de la majorité : elle requerra l'unanimité : l'administrateur ne pourrait être dépouillé sans son consentement. Ainsi s'explique un jugement du Tribunal de commerce de Nantes, en date du 20 avril 1920, qui se refuse à faire dépendre de la majorité du conseil une répartition inégale de tantièmes entre administrateurs[1]. De même s'explique également la jurisprudence qui annule les décisions de la majorité du conseil lorsqu'elle a sacrifié les droits aux tantièmes de la minorité.

1. HOUPIN, « De la répartition des avantages attribués aux administrateurs », *J.S.*, 1924, p. 161. — LESCOT, « Les tantièmes des administrateurs de sociétés anonymes », *J.S.*, 1921, p. 289. — VERNIN, *Les tantièmes des administrateurs et des directeurs*, thèse, Paris, 1920.

— l'adhésion de chacun ne sera pas obligatoirement donnée en cours de délibération : chacun pourra faire savoir sa volonté par correspondance. La doctrine semble nettement en ce sens[1],

— enfin, lorsqu'il y aura quelque difficulté entre les administrateurs au sujet de leur rémunération, point ne sera besoin de la porter devant l'assemblée générale. Celle-ci serait incompétente car il s'agit, ici, non d'une question qui intéresse le conseil — organe social — mais l'administrateur. Par suite seuls les tribunaux pourront connaître de ces questions : et c'est ce qu'ils font d'habitude, jugeant en équité : les critériums employés par les juges concernent également le seul administrateur individu : c'est ainsi qu'ils prennent pour base : le principe du droit égal de chacun au sein du conseil, le temps d'exercice réel du mandat individuel, etc...

1. *J.S.*, 1924, p. 266.

CHAPITRE III

LE CONSEIL DANS LA HIÉRARCHIE SOCIALE

Dire que les organes sociaux sont entre eux dans une situation hiérarchique c'est, apparemment, soutenir un paradoxe ; la hiérarchie peut être définie : « La subordination de pouvoirs, d'autorités, de rangs »[1]. Or il est précisément devenu banal de montrer qu'en fait l'autorité des assemblées générales est réduite à peu de chose, le pouvoir effectif du conseil à la surveillance de l'administrateur-délégué ou du directeur général, et que c'est seulement ce dernier, pourtant au troisième rang, qui est le véritable maître de la société.

Il ne peut, en effet, être question de soutenir le paradoxe de rapports de subordination entre les différents organes sociaux : Ce chapitre se propose seulement de faire ressortir que c'est précisément pour réagir contre l'état de sujétion dans lequel se trouve, en fait, l'assemblée générale au regard du conseil que la jurisprudence paraît avoir élaboré un corps de principes qui constituent, semble-t-il, l'expression irréductible des droits et des obligations de l'assemblée et du conseil ; accessoirement quelques règles gouvernent le droit, encore très embryonnaire, des rapports du conseil avec la

1. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° *Hiérarchie.*

direction (ce mot étant pris dans son sens vulgaire et sans que nous prétendions tenter ici une détermination précise de ce terme).

D'autre part, il ne pourra être question d'envisager dans son ensemble la hiérarchie sociale. Fidèles au cadre de notre sujet, nous n'examinerons, ici, cette notion que dans ses rapports avec le conseil d'administration.

La charge d'administrer, les rapports du conseil avec l'assemblée générale annuelle, ses rapports avec la direction, tels seront les trois points qui seront examinés.

A. — La charge d'administrer : interdiction des délégations générales.

L'article 1994 Code civil donne aux mandataires la possibilité de se substituer un tiers pour exercer leurs pouvoirs et il semble que la jurisprudence autorise même le mandataire général à user de cette faculté, à condition, toutefois, que la procuration le permette expressément[1]. *A fortiori*, le conseil d'administration, revêtu de pouvoirs non généraux, devrait être en droit de les déléguer globalement à autrui, il semble d'ailleurs que l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 l'y autorise ; mais la doctrine paraît dans son ensemble opposée à une telle opération, même si elle était permise par les statuts : « nous estimons écrivent « Houpin et Bosvieux qu'en principe l'agent délégué ne peut « être investi du pouvoir général d'administrer, qui n'aurait « pas de raison d'être et dessaisirait en fait le conseil... La

1. Houpin et Bosvieux, 2, N° 1092, note 2 et p. 276.

« délégation totale serait une abdication qu'il n'a pas le « droit de consentir »[1].

Il est curieux de trouver un tel langage chez des auteurs dont la terminologie est généralement très prudente ; celui-ci trouve sa raison, croyons-nous, dans la tendance générale à voir dans le conseil un organe social d'une nature propre. Comment, en tout cas, expliquer cette solution ? C'est, a-t-on dit, que les actionnaires font au conseil une confiance toute spéciale, et cela constituerait une manifestation de plus de l' « *intuitus personae* » dans les sociétés anonymes. Cette explication très claire, se heurte pourtant à ce fait que les statuts ne pourraient même pas autoriser une délégation générale de la part du conseil et il semble même que l'assemblée générale ne pourrait non plus permettre pareille opération ; on voit la jurisprudence décider que le conseil doit toujours conserver un certain nombre de pouvoirs, alors même que l'assemblée générale en aurait décidé autrement[2]. L'article 22 de la loi de 1867, texte d'ordre public, veut que les sociétés soient administrées par le conseil et non point par l'assemblée générale ou le directeur.

Il importe de faire remarquer que l'interdiction des délégations générales ou plus simplement du remplacement volontaire dans la fonction par autrui s'impose, semble-t-il, uniquement au conseil considéré comme une entité : nous verrons plus bas (*infra*, chap. IV) que chaque administrateur pourrait dans des limites d'ailleurs bien déterminées,

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, N° 1092 note 2 et p. 276.
2. *J.S.*, 1889, p. 299 ; 1.902.144. — THALLER et PIC, N° 1133. — GONTIER, *Le directeur et l'administrateur-délégué de la société anonyme*, p. 41, *Contra* : VAVASSEUR, N° 799.

se faire remplacer au Conseil[1]. Comment admettre que le conseil jouisse d'une espèce d'*intuitus personae*, alors que ses membres n'en jouiraient pas ? Ici la justification paraît tout-à-fait incertaine. La jurisprudence paraît d'ailleurs assez peu ferme sur ce point ; ainsi un arrêt de la Chambre criminelle du 1er mars 1929 (*J.S.*, 1930, p. 150) admet qu'en principe l'administrateur-délégué qui a reçu du conseil une délégation en termes généraux, a le pouvoir de répondre aux actions judiciaires et de les exercer ; cette solution implique presque nécessairement la transmission automatique des pouvoirs du conseil sur la tête de l'administrateur-délégué. Toutefois, cet arrêt n'a pas fait jurisprudence.

On a pu expliquer le principe doctrinal de l'interdiction des délégations de pouvoirs par le conseil comme une manifestation des règles du droit public dans le droit des sociétés, le conseil d'administration étant assimilé à un fonctionnaire et le terme de délégation étant pris dans le sens technique qu'il a en droit administratif[2]. On a comparé également cette situation avec celle du tuteur, lequel ne peut déléguer l'ensemble de ses pouvoirs à un tiers. Ces comparaisons paraissent ou trop générales en ce qu'elles proposent une explication audacieuse du droit des sociétés, ou bien spécieuses. En réalité, il semble bien que le principe trouve un fondement solide dans les errements de la pratique, passés à l'état d'usage.

En définitive, les attributions du conseil lui sont propres sauf controverse et un auteur a pu dire que des délégations

1. Houpin et Bosvieux, II, N° 1102. — Whal, note S., 1898.2.185. — Précis, N° 579.
2. Barbin, *Les pouvoirs des administrateurs des sociétés anonymes*, thèse, Poitiers, 1933.

générales de pouvoirs constitueraient pour le conseil un « dessaisissement contraire à la hiérarchie qui doit exister « entre le conseil d'administration et l'administrateur-délégué »[1]. Cet auteur admet d'ailleurs que c'est en raison de l'*intuitus personae* que ces délégations ne sont pas permises ; cette explication, pour n'être ni absolument fausse, ni inutile, n'en est pas pour cela essentielle : nous avons vu pourquoi, et nous retenons plutôt l'explication fondée sur l'idée de hiérarchie. On a pu voir d'ailleurs la jurisprudence adopter cette explication en termes à peine voilés. Un jugement du Tribunal de commerce de la Seine, en date du 23 décembre 1935[2] constate « que le conseil s'est purement et simplement « déchargé (sur l'un des administrateurs) d'une partie de « ses fonctions organiques, que cette délégation est contraire « à l'esprit et au texte des statuts et du pacte social ».

B. — **Rapports du conseil avec l'assemblée générale.**

a) Il apparaît, tout d'abord, que l'existence même du conseil dépend de l'assemblée générale en ce que les administrateurs sont nommés et révoqués (*ad nutum*) par elle, mais ce point concerne davantage l'administrateur que le conseil : il pourrait cependant être intéressant de reprendre l'étude de la règle de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs et de montrer que la jurisprudence la conçoit, semble-t-il, de façon assez particulière : alors que les tribunaux admettent volontiers que telle révocation est vexa-

1. Bourcart, noté, S., 1926.1.5.
2. *G.P.*, 1936.1.468.

toire en l'espèce et appelle de ce fait la condamnation de la société à des dommages-intérêts (abus du droit), ils frappent impitoyablement toute convention qui aurait pour but de restreindre ou de supprimer cette révocabilité (promesse de non-révocation, contrôle judiciaire, justes motifs, etc...) ; il nous est apparu que cette jurisprudence cherchait moins à ouvrir aux assemblées générales un droit de révocation arbitraire, qu'à empêcher la formation d'un droit coutumier qui serait basé sur des clauses statutaires de style, tendant à transformer la fonction d'administrateur en une charge aussi inamovible qu'elle est rémunératrice [1].

b) L'article 34 de la loi de 1867, modifié par le décret-loi du 8 août 1935 décide que « à la clôture de chaque exercice, le « conseil d'administration établit un inventaire, un compte « de profits et pertes... un bilan .. un rapport aux action- « naires sur la marche de la société pendant l'exercice « écoulé ». L'esprit de la loi semble être qu'en assemblée générale le conseil doit tout aux actionnaires, de même que le décret-loi du 8 août 1935 oblige le conseil à tenir à la disposition et à communiquer aux actionnaires « tous les « documents qui ont été soumis aux assemblées générales « durant les trois dernières années... et les procès-verbaux « de ces assemblées, ainsi que la liste des actionnaires « quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée « générale ». Il semble que la loi veuille de plus en plus établir la soumission du conseil d'administration aux inté-

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, N° 1030 et Jurisprudence citée en note notamment les espèces qui paraissent répondre à cette conception. Cass., 10.1.1881, S., 1881.1.251 Trib. de Mirecourt, 14 février 1900, D., 1901.2.60.— Douai, 9 novembre 1926, *G.P.*, 1927.1.213.

rêts et au contrôle des actionnaires. C'est dans cet esprit qu'on décide que l'obligation d'établir et de présenter le bilan et le compte de profits et pertes entraîne celle de présenter et de donner toutes les explications nécessaires qui seraient demandées au conseil par les actionnaires en assemblée[1]. En revanche, il ne semble pas que le conseil soit obligé de donner lecture de ces documents, car ce serait dépasser singulièrement les termes de l'article 34 et la jurisprudence décide que si l'actionnaire a le droit de se faire livrer copie des documents présentés en assemblée, il ne peut du moins en prendre copie lui-même[2]. La législation récente a singulièrement renforcé le droit des actionnaires ; l'obligation d'établir un bilan et le compte de profits et pertes chaque année dans la même forme que les années précédentes (art. 35), l'obligation d'apporter pour leurs divers postes des méthodes d'évaluation invariable (même texte) sont autant de garanties pour l'actionnaire qu'il exercera plus facilement son contrôle et éventuellement son pouvoir hiérarchique de révocation *ad nutum*.

c) Contestations et révision des comptes.

Dès lors que le conseil a rendu ses comptes, que ceux-ci ont été discutés, l'assemblée générale doit, semble-t-il, prendre parti : ou bien elle manifestera son mécontentement en ne renouvelant pas sa confiance au conseil, ou bien elle approuvera ses comptes. Cependant, il pourrait se faire que l'assemblée refusât son approbation ; il y a là une menace constante pour le conseil ; on décide que dans cette cir-

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, N° 1230.
2. Trib. com., Seine, 5 novembre, *J.S.*, 1907, p. 28. Voir en cette matière l'article de M. Percerou : « Du droit de communication dans les sociétés par actions », *J.S.*, 1908, p. 97, 145, 193, 241.

constance, il n'y aurait qu'à se référer aux règles des articles 527 et suivants du Code de procédure civile. Enfin, il est permis, renversant l'hypothèse dans laquelle se place l'article 529 de ce code, d'admettre le conseil, ayant, comme les « oyants », le « même intérêt », à nommer un seul avoué.

L'assemblée peut-elle reviser les comptes qui ont déjà été approuvés ? Cette possibilité serait essentiellement dangereuse pour le conseil dont toute la gestion pourrait être remise en question. Aussi, la doctrine décide-t-elle que l'approbation des comptes par l'assemblée générale a tous les caractères d'un arrêté de compte, et déduit de ce principe toutes ses conséquences juridiques : dès lors donc que l'approbation est donnée, les comptes ne sauraient être remis en question que pour erreurs, faux, omissions, doubles emplois[1]. Au demeurant, la jurisprudence semble reconnaître aux tribunaux la faculté de surveiller l'exercice d'un tel pouvoir de révision et un arrêt de la Cour de Douai a pu interdire une révision de comptes à une assemblée générale, dans des conditions il est vrai assez particulières[2]. On voit donc que les rapports entre l'assemblée et le conseil d'administration ne sont pas soumis à l'arbitraire des actionnaires ; la doctrine et la jurisprudence semblent faire effort pour dégager des principes généraux du droit des règles protectrices tant des droits de l'assemblée que de ceux du conseil.

Au demeurant, le quitus donné par l'assemblée au conseil d'administration n'a plus depuis le décret-loi du 31 août 1937 modifiant l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867

1. Houpin et Bosvieux, N° 1131.
2. Douai, 23 avril 1932, *J.S.*, 1933, p. 487.

la même valeur, en ce qu' « aucune décision de l'assemblée « générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en « responsabilité » contre le conseil d'administration « pour « faute commise dans l'accomplissement de (son) mandat ».

Le décret-loi du 31 août 1937 a donc encore augmenté la dépendance du conseil à l'égard des actionnaires en ce que celui-ci ne peut plus utiliser son influence dans l'assemblée aux fins d'obtenir quitus pour ses fautes commises dans l'accomplissement du mandat.

d) En dehors des décisions que doit prendre obligatoirement l'assemblée générale des actionnaires, sur quel point pourrait-elle valablement délibérer ? Existe-t-il des limites à sa compétence résultant de la notion de hiérarchie ? Généralement, l'assemblée se borne à délibérer sur les diverses propositions qui lui sont soumises par le conseil (actes juridiques particulièrement graves, article 40, etc...) Il se peut, d'autre part, et ce sera l'exception, que l'assemblée peu satisfaite de la gestion du conseil, délibère sur les affaires de la société. On ne connaît guère de jurisprudence sur cette question et la doctrine est généralement favorable à cette activité, surtout en cas d'inertie du conseil[1]. Mais il sera plus fréquent qu'un conflit d'attribution se produise entre l'assemblée générale et le conseil ; quelle solution adopter ? Le conseil a des attributions statutaires et si l'assemblée prétend les exercer à sa place, le conseil pourrait semble-t-il, s'opposer à cet empiètement : un arrêt de la Cour de Paris en date du 26 novembre 1896[2] décide que « quelle que soit l'autorité de l'assemblée générale dans une

1. PONT, N° 1681. — HOUPIN et BOSVIEUX, II, N° 1225.
2. *J.S.*, 1897, p. 434.

« société anonyme, elle ne peut s'élever à l'encontre de la « compétence spéciale qui appartient au conseil d'administration par la nature même de ses fonctions et suivant « les dispositions précises des statuts... Spécialement, « lorsque les statuts attribuent exclusivement au conseil « d'administration le choix du directeur et la fixation de son « traitement, l'assemblée générale n'a aucune qualité pour « faire droit à une demande d'honoraires élevée par le « directeur... ».

Nous avons vu d'autre part, (voir *supra*, chap. II) que l'assemblée est obligée de nommer un conseil au complet, c'est-à-dire composé d'autant d'administrateurs que les statuts l'ont décidé ; il ne faut pas que l'assemblée, par une désignation insuffisante, paralyse intentionnellement le fonctionnement régulier du conseil[1].

Mais il est bien plus fréquent de voir le conseil empiéter sur les attributions de l'assemblée générale. C'est ce que la jurisprudence s'est attachée à interdire.

La question s'est posée à propos d'un arrêt de la Cour de Bruxelles en date du 18 janvier 1906[2]. Une assemblée générale avait chargé le conseil de décider et de contracter tous emprunts obligataires, alors que c'était à l'assemblée que revenait ce pouvoir. La Cour de Bruxelles a décidé que « l'Assemblée générale a incontestablement le droit de « déléguer ses pouvoirs au conseil d'administration, que « cette délégation n'est prohibée ni par la loi, ni par les « statuts ». Houpin a critiqué vivement cet arrêt : « l'assemblée, dit-il, ne peut sans violer le pacte social abdiquer

1. Paris, 20 mai 1887, *J.S.*, 1888, p. 306.
2. *J.S.*, 1907, p. 350.

« ses propres pouvoirs en les transmettant au conseil... « la majorité des actionnaires représente la volonté de la « société. La majorité décide du sort d'un fonds social « dans lequel la minorité a des droits. Les actionnaires en « majorité ne disposent pas uniquement de leurs intérêts. « Ils doivent exercer eux-mêmes et non déléguer le pouvoir « qui leur est accordé »[1].

Le commentateur parle de violation du pacte social : nous croyons que la raison donnée est valable mais pourrait être utilement complétée par une expression telle que : « contraire à l'esprit de l'organisation juridique de la société anonyme » car ce n'est pas du pacte social, mais de l'esprit même de la loi de 1867 et plus encore de l'essence de la société anonyme qui résulte l'interdiction d'une telle délégation. Cette doctrine paraît en tout cas être celle de la jurisprudence française encore qu'il y ait des divergences entre les diverses espèces concernant cette matière[2]. Il serait d'ailleurs intéressant de faire une étude d'ensemble des délégations de pouvoirs dans les sociétés anonymes, car cette question semble constituer l'une des principales illustrations de l'idée de hiérarchie sociale[3].

Il peut être curieux de voir le conseil s'identifier avec l'assemblée générale. Cette identification peut être juridiquement régulière lorsque la société est constituée entre très peu d'actionnaires, et nous savons alors combien, surtout avant la loi du 16 novembre 1940, ces sociétés, la plupart

1. *J.S.*, 1907, p. 337 : l'Assemblée générale peut-elle déléguer ses pouvoirs au Conseil.
2. Rouen, 27 mars et 11 décembre 1895, *J.S.*, 1896, p. 301. — *Contra* : Paris, 3 février 1896, pourvoi rejeté en Cass., le 22 mai 1896, *J.S.*, 1896, p. 301 et 339. Voir aussi Cass., 20 juin 1906, *J.S.*, 1907, p. 166.
3. LECOUTURIER, *J.S.*, 1907, p. 288.

du temps familiales, n'avaient d'anonymes que le nom. Mais l'identification peut résulter de l'importance indue que le conseil prend parfois dans la société. Ici aussi la jurisprudence est divisée. Un arrêt de la Cour de Lyon, en date du 7 juillet 1910 a pu valider la liquidation décidée par l'assemblée générale ordinaire à la suite de la démission du conseil. Cet arrêt, vivement critiqué en doctrine, apparaît comme contraire à la règle d'après laquelle la dissolution anticipée de la société constitue une modification statutaire et requiert l'intervention de l'assemblée générale extraordinaire : en réalité, la Cour de Lyon n'a pas cherché à s'opposer à l'excessive autorité qu'avait pris, en l'espèce, le conseil dans la société. Mais la jurisprudence paraît être revenue à une plus saine conception. Un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 3 avril 1911, a, dans une affaire analogue, jugé en sens contraire : « quelles que soient, « déclare ce jugement, les circonstances, une société ne « peut et ne doit pas devenir la chose particulière de quel- « ques personnes qui finiraient par en user selon leur pro- « pre volonté et comme d'un bien leur appartenant. Elle « doit rester le patrimoine de l'ensemble des actionnaires, « patrimoine qui doit être géré avec les perspectives de la « prospérité générale et, quelques grands que soient la « valeur et les services des mandataires de la société, mem- « bres du conseil d'administration, ceux-ci ne doivent pas « substituer leurs personnes, leurs opinions, leurs volontés, « leurs intérêts ou leur politique à l'anonymat qui reste la « base de la société ». Ce jugement nous paraît avoir bien situé la difficulté ; il ne s'agissait pas seulement de faire

1. *J.S.*, 1911, p. 407.

valoir que l'assemblée générale avait outrepassé ses pouvoirs en décidant la liquidation anticipée, il importait surtout de stigmatiser l'importance excessive prise dans la société par le conseil.

C. — **Rapports du conseil avec la direction.**

Nous laisserons de côté ici la question de la définition de la direction dans la société anonyme, question dont la solution serait trop longue et délicate pour ne pas dépasser le cadre de cette étude. Nous entendons simplement ici par direction l'ensemble des personnes constitué par l'administrateur-délégué, le directeur général, le directeur technique.

En ce qui concerne le directeur technique, qui passe avec la société un contrat de louage de services, c'est le conseil qui généralement le nomme, le congédie et même le plus souvent lui donne des ordres, ce dernier droit étant expressément reconnu au conseil par la jurisprudence et la doctrine. (Trib. com. de Lyon, 18 novembre 1915, *R.S.*, 1919, p. 129 ; Cass. Req., 27 novembre 1937, D.H., 37. 330 ; Trib. civ., Nice, 9 mai 1928, *Gaz. Trib.*, 10 novembre 1928, etc...).

On peut citer néanmoins en sens contraire un curieux jugement du Tribunal civil de Valence en date du 12 décembre 1922 (*G.P.*, 1923.1.246) lequel pose en principe que le directeur technique est indépendant du conseil et que celui-ci notamment n'a pas à lui donner d'ordres, tout ceci sous le prétexte que « rémunéré sur les bénéfices de

« l'entreprise », et cette rémunération étant liée au rendement de l'entreprise, il pouvait prendre toutes les mesures qu'il lui plaisait sauf aux administrateurs à le congédier en cas de faute ou d'échec.

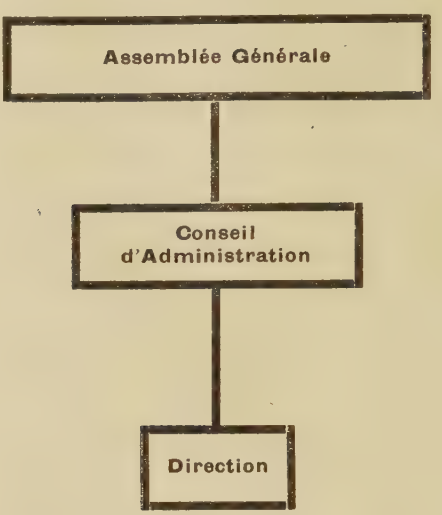
Dans les rapports du conseil avec ses mandataires, administrateur-délégué, directeur général étranger ou non à la société, il semble que la jurisprudence ait toujours refusé de reconnaître au conseil le droit de leur donner des ordres (Cass., 2 juillet 1886, S., 1886.11.234 ; Paris, 11 novembre 1909, *J.S.*, 1911, p. 19, etc...). Mais en revanche, les tribunaux réservant constamment au conseil un droit absolu de révocation *ad nutum* et c'est au demeurant ce qui distingue le mieux le directeur technique du directeur général, en pratique du moins. On voit même la jurisprudence démasquer derrière un prétendu cumul des fonctions de directeur technique et d'administrateur, une convention tendant à rendre pratiquement irrévocable tel mandat général donné à l'un de ses membres par le conseil. Elle est même allée jusqu'à décider que cette délégation pouvait simplement constituer un procédé de répartition du travail au sein du conseil [1].

En définitive, il paraît bien y avoir entre le conseil et la direction sinon un lieu de subordination du moins un lien de dépendance faisant du conseil le supérieur hiérarchique de la direction [2].

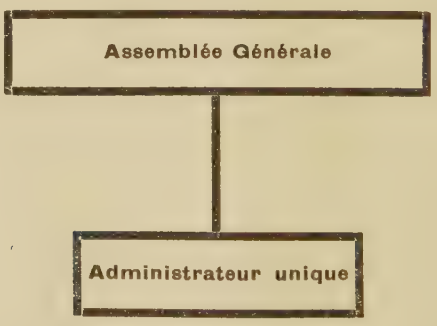
Pour conclure, et en vue de réunir ce qui vient d'être dit en une expression unique, il semble que l'on pourrait

1. Sur toute cette question voir GABOLDE, note au S., 1927, et CORDONNIER, note au D. 1938.
2. DEMONTÉS, *Semaine juridique*, 21 décembre 1940, p. 176, N° 8.

proposer le schéma suivant de la société anonyme, telle qu'elle existait jusqu'à la loi du 16 novembre 1940 :



Or, ce qu'il sera le plus intéressant de noter c'est que ce schéma n'est pas du tout le même lorsqu'il n'y a qu'un administrateur unique ; dans ce cas la distinction des organes sociaux est beaucoup moins nette : le plus souvent l'administrateur unique exercera lui-même les fonctions de direction, et l'on aura le schéma suivant :



Mais parfois l'administrateur unique se confondra littéralement avec l'assemblée générale, la société n'étant que

son patrimoine dont quelques infimes parcelles sont réparties entre six autres associés. Dans cette hypothèse, la société anonyme n'est plus qu'un mot, une apparence ; d'ailleurs la jurisprudence ne s'y est pas trompée, et a condamné, bien avant le décret-loi du 8 août 1935, de tels administrateurs uinques à payer l'intégralité du passif social, celui-ci étant purement et simplement considéré comme le passif personnel de l'administrateur unique.

CHAPITRE IV

LE CONSEIL, ENTITÉ DÉLIBÉRANTE

Du travail d'élaboration juridique effectué par la pratique, d' « élaboration plastique » suivant l'expression de Gény, c'est peut-être de toute cette étude, la matière du présent chapitre qui constitue l'exemple le plus caractéristique. Des clauses statutaires, aujourd'hui devenues de style, tendent à assurer la bonne administration de la société, en établissant un certain nombre de règles relatives aux délibérations du conseil. Ces règles s'inspirent généralement de cette idée que le conseil, délibérant à la simple majorité et non à l'unanimité, les décisions qu'il prend n'ont de valeur que si elles ont été entourées de formalités prescrites par des règles protectrices des intérêts sociaux ou de la fonction d'administrateur.

Mais, avant d'entrer dans l'étude de ces règles, une observation préliminaire s'impose : à côté des délibérations périodiques de caractère formel, intervenues dans les conditions prévues aux statuts, il arrive que des décisions, parfois des plus importantes, soient prises hors de toute délibération ; on voit alors les administrateurs contracter, au nom de la société, en apposant l'ensemble de leurs signatures au bas de l'acte engageant la société ; cette pratique, qui fait ressortir par elle-même la décision prise à l'una-

nimité, semble exclure la nécessité d'une réunion effective du conseil, d'une délibération, d'un vote, d'un procès-verbal de la délibération etc... « Le procès-verbal n'est nécessaire, « à notre avis, que si l'acte concernant la société a été passé « par une partie des administrateurs, car c'est le procès- « verbal qui peut constater que le conseil s'est réuni, a « délibéré, et régulièrement autorisé l'opération sociale. « Si, au contraire, l'acte est passé au nom de la société « par tous les membres composant le conseil d'adminis- « tration, leur consentement unanime, constaté par cet acte, « rend sans intérêt une délibération spéciale constatée par « un procès-verbal dressé et signé sur le registre des délibé- « rations du conseil ? C'est ainsi que l'on agit souvent, en « pareil cas, dans la pratique et nous croyons régulière « cette manière de procéder »[1].

Bien plus, on peut penser que l'adhésion matérielle de chaque administrateur au contrat peut être successive, alors que, comme nous le verrons plus loin, le principe de simultanéité est essentiel du fonctionnement du conseil en délibération. Cette méthode inorganique pouvait d'ailleurs, sous l'empire de la loi de 1867, être usitée alors même que les statuts ne prévoyaient que les délibérations à la majorité. Cette vue semble conforme à la conception de l'article 22 de cette loi qui semble s'attacher davantage aux administrateurs pris individuellement (ou un par un) qu'à un conseil d'administration. Mais ce procédé de l'adhésion successive et unanime n'a que peu d'avantages et présente beaucoup d'inconvénients : longueur, droit de veto, non-nécessité d'un échange de vues, etc...

1. Houpin au *J.S.*, 1895, p. 123.

C'est ce qui explique que ce mode d'action est devenu exceptionnel. En fait, depuis longtemps, lorsque les sociétés comprenaient plus d'un administrateur, les décisions étaient presque toujours prises à la majorité du conseil. Mais une autre difficulté surgit alors : le procédé majoritaire n'apparaît-il pas comme un moyen de dépouillement des administrateurs minoritaires ou absents de leurs droits ? Ou encore comme la dispense pour certains d'entre eux d'agir, de participer aux réunions, tout en touchant leurs tantièmes ? Le mandat n'a pas été conféré dans l'intérêt de l'administrateur et, non seulement il doit s'en acquitter, mais il doit pouvoir s'en acquitter. C'est sur cette idée de décision majoritaire et de toutes les garanties qu'elle appelle que sont fondées toutes les règles de la délibération du conseil, et le fait que ces règles ne varient pas de société à société montre bien qu'il y a là une nécessité inhérente à la nature des choses et par là même invariable. Il est utile de constater une telle constance car elle est à la base de la formation d'un usage tellement uniforme que la loi du 16 novembre 1940 semble, comme nous le verrons plus tard (IIe partie, chap. I) l'avoir adopté en bloc.

Le fonctionnement du conseil ne peut se comprendre que si l'on a toujours présente à l'esprit sa conception majoritaire.

Effectivement, on verra au cours d'un premier paragraphe qu'il s'agit tout d'abord de ménager au principe majoritaire son libre fonctionnement et que le seul moyen pour y arriver est de toujours respecter la composition statutaire du conseil : c'est le principe de la stabilité de composition du conseil d'administration.

L'intérêt social, d'autre part, demande que la délibération

soit bien effective, car autrement ne se comprendrait pas la formation d'une majorité qui ne soit pas précédée de l'échange de vues voulu par les statuts, seul un débat peut dégager une majorité : c'est ce que nous montreront dans un deuxième paragraphe : principe de la délibération effective.

Un troisième paragraphe aura pour objet d'analyser la décision elle-même : ce sera le principe majoritaire.

Un quatrième et un cinquième paragraphe s'attacheront à analyser les usages permettant un fonctionnement plus facile et à la preuve des délibérations.

Enfin, nous verrons que la jurisprudence s'attache depuis longtemps à assurer le fonctionnement harmonieux du conseil : il s'agit ici du contrôle juridictionnel du fonctionnement normal du conseil.

I. — Principe de la stabilité de composition du conseil.

Le principe de la stabilité de composition du conseil, lequel paraît le plus susceptible d'illustrer la notion du conseil entité, est généralement à peine indiqué dans les traités[1] : le conseil n'est lui-même que tant que sa composition n'est pas affectée par une démission, un décès ou une révocation. Cette idée semble avoir été exprimée pour la première fois par un arrêt de la Cour de Paris du 20 mai 1887 (*J.S.*, 1888, p. 306) : les statuts de la société indiquaient que le conseil se composait d'un nombre d'administrateurs minimum, au-dessous duquel le conseil ne pouvait vala-

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, p. 237.

blement délibérer ; chargée d'interpréter cette clause, la Cour décida qu'elle signifiait qu'aucune délibération ne pouvait être valable qu'à la condition que le conseil soit composé du nombre minimum de membres « investis de leurs fonctions» et l'arrêt s'appuie sur l'argumentation suivante : « le nombre des administrateurs convoqués à une réunion ne pouvant y prendre part n'est pas indifférent *puisque le déplacement de la majorité en dépend* ». Dans la pensée des juges, cette obligation se place moins donc dans les termes des statuts que le terrain du mécanisme majoritaire : il n'est pas nécessaire que la majorité soit constante, mais il faut que son mécanisme fonctionne de façon constante au cours de l'exercice social. On voit aussi combien, dans cette interprétation, la personnalité de chaque administrateur s'efface devant l'idée de conseil-entité, la majorité s'exprimant davantage par un chiffre que par des noms. Le conseil n'est donc véritablement une entité juridique que dès lors qu'il fonctionne — ou tout au moins peut fonctionner — à la simple majorité. Un autre arrêt de la même juridiction en date du 24 mai 1889 a repris cette jurisprudence dès lors établie (*J.S.*, 1889, p. 360). Cependant, pousser cette doctrine jusqu'à ses dernières limites, ce serait acculer le conseil à une impasse. Aussi la jurisprudence admet-elle que lorsque le conseil se trouve réduit à un nombre d'administrateurs inférieur au chiffre statutaire, il peut encore prendre deux ordres de délibération :

1° *Nominations provisoires.* — Une clause insérée dans les statuts prévoit fréquemment que, si le nombre des administrateurs tombe au-dessous du minimum statutaire, le conseil pourra procéder aux nominations nécessaires pour

se compléter, mais seulement à titre provisoire, en attendant la réunion de la prochaine assemblée générale. Cette clause est considérée comme valable par la jurisprudence[1] en dépit des règles du mandat qui sont singulièrement dépassées par une telle pratique. Faut-il en conclure que la jurisprudence reconnaît un droit propre au conseil, en vertu duquel celui-ci pourrait nommer les administrateurs provisoires en dehors même de la volonté des associés en assemblées générales ? On ne peut le dire car les décisions ne sont pas motivées d'une façon aussi générale et se contentent de se référer au principe du respect des statuts. En réalité, les juges recherchent une solution qui soit en harmonie avec le principe selon lequel le conseil doit être composé d'autant d'administrateurs que le nombre minimum. C'est bien ce que fait ressortir Wahl (dans une note au S., 1908.4.1) : il fait remarquer qu'il ne serait pas antijuridique que le conseil délibérât valablement même réduit mais que la jurisprudence semble rechercher, en validant ces clauses, à assurer au conseil son meilleur fonctionnement, d'où les solutions relatives au nombre minimum statutaire d'administrateurs et à la validité des clauses de nominations provisoires.

Mais quelles sont les limites à apporter à de telles clauses? On a pu voir la Cour de Milan[2] valider une clause décidant que le conseil dont le nombre des membres serait devenu inférieur à un certain chiffre, serait de plein droit dissous ; évidemment cette solution peut se justifier — comme on l'a fait d'ailleurs — par un système basé sur la condition

1. Voir notamment, Cass., 6 février 1929, S., 1929.158. — 12 janvier 1927, *J.S.*, 1928.84.
2. 5 février 1907, S., 1908.4.1, note WHAL, précitée.

ou le terme, mais la notion de la stabilité de composition du conseil n'est-elle pas plus féconde, et aussi plus propre au sujet, partant plus explicative, que l'appel à une théorie aussi générale et somme toute artificielle ici ? En effet, le conseil ne pouvait ici, selon la conception statutaire, fonctionner utilement s'il venait à être réduit à un nombre donné d'administrateurs.

En revanche une telle clause ne pourrait avoir pour effet de dessaisir l'assemblée générale des actionnaires de ses prérogatives : par suite serait nulle toute clause qui aurait pour effet de permettre au conseil de procéder à des nominations définitives. Bref la jurisprudence limite le pouvoir du conseil à la période s'étendant du jour de la disparition de l'administrateur par suite de démission ou de décès, jusqu'au jour de la prochaine assemblée générale.

On peut alors se demander quelle est la nature de ce pouvoir car l'effet de ces nominations provisoires est singulier : ou bien le choix du conseil est ratifié par l'assemblée, dans ce cas les actes accomplis par le conseil dans ces conditions sont *ipso facto* valables, ou bien ce choix n'est pas ratifié et dans ce cas... la solution est la même[1], l'absence de ratification étant ici totalement dépourvue de son habituel effet de rétroactivité. On a dit que cette solution s'inspire d'un souci pratique ; cette explication n'est pas absolument juridique, mais peut le devenir, la pratique engendrant la règle juridique, phénomène auquel nous assistons chaque jour en cette matière en perpétuelle évolution. N'essayons pas non plus de nous demander si le conseil jouit d'un droit

1. Wahl, S., 1908.4.1. — Lyon-Caen et Renault, II, N° 812. — *J.S.* 1910, p. 11 note Houpin.

propre. Mais contentons-nous de noter la tendance qui fait du conseil une entité de plus en plus marquée : l'individu disparaît ici aussi, peu importe que sa nomination n'ait pas été ratifiée. Son rôle est celui d'un anonyme au sein du conseil et avec l'arrêt précité de la Cour de Paris du 20 mai 1887, disons que sa présence dans le conseil n'a pas d'autre utilité que d'assurer le régulier « déplacement de la majorité ».

Or c'est pour assurer le jeu de ces clauses que la jurisprudence a toujours validé les réunions des conseils prises en vue de nommer un administrateur provisoire, alors que pourtant le nombre des administrateurs « investis de leurs « fonctions » était devenu inférieur au minimum statutaire.

2° *Convocation de l'assemblée générale annuelle.* — La jurisprudence considère de même comme valable la décision prise par un conseil incomplet de convoquer l'assemblée générale : celle-ci en effet procédera aux nominations indispensables. Ainsi un arrêt de la Cour de Paris en date du 28 juin 1895 (*J.S.*, 1895, p. 429) doit être considéré comme conforme à ces conclusions [1].

Le principe de la stabilité de composition du Conseil a pour corollaire la *règle de la convocation obligatoire de chaque administrateurs* : à quoi servirait-il de subordonner la validité des délibérations du conseil au principe de stabilité si chaque administrateur n'était pas averti des délibérations ? Il suffit de lire les deux arrêts de la Cour de Paris précités (20 mai 1887 et 24 janvier 1884) pour s'en assurer. L'absence de convocation entraînerait la nullité de la délibération [2] alors même que le quorum requis serait atteint.

1. Voir aussi : Paris 4 août 1896, *J.S.*, 1897, p. 433. — Cass., 20 juillet 1897, *J.S.*, 1898, p. 16. — WAHL, note précitée.
2. HOUPIN et BOSVIEUX, II, p. 237.

Cependant la convocation n'est évidemment pas nécessaire si les statuts fixent avec précision le jour des réunions (par exemple le premier jeudi de chaque mois). Dans le cas contraire la convocation est faite par le président. Le président devrait provoquer la réunion du conseil s'il en était requis par un nombre suffisant d'administrateurs[1]. La convocation sera faite généralement par lettre, et l'on décide qu'elle ne doit pas être nécessairement accompagnée de l'ordre du jour. La doctrine paraît opposée à l'ordre du jour, parce qu'il pourrait paralyser le libre fonctionnement du conseil[2]. Par suite, la jurisprudence décide qu'il peut délibérer sur toutes les questions qui viendraient à se poser au cours de la délibération[3]. Ici donc il n'y a pas d'analogie avec l'assemblée générale.

II. — Principe de la délibération effective.

La délibération doit être effective : la jurisprudence qui s'attache à faire respecter ce principe le comprend bien ; la formation d'une majorité est un phénomène grave supposant le sacrifice de l'opinion minoritaire. Il convient donc que celle-ci puisse faire entendre sa voix, ses arguments. Lorsque la décision est prise par l'adhésion unanime de tous les administrateurs aux actes, nul besoin au contraire d'un échange de vues : il pourrait être utile, mais ne s'impose pas, car chacun possède alors un droit de veto. Le principe de la délibération effective est assuré par trois règles :

1. Houpin et Bosvieux, II, N° 1063.
2. *Ibid.*, II, p. 236.
3. Nantes, 9 juillet 1900, *J.S.*, 1901, p. 416.

— règle de la réunion obligatoire,

— règle de la présence personnelle — ses tempéraments

— règle du quorum.

Il est, enfin assuré par l'idée de simultanéité. Ainsi un administrateur ne pourrait adhérer valablement après coup à la décision prise par le conseil : il n'a pas assisté à la délibération. Celle-ci une fois prise est acquise sans changement possible.

a) *Règle de la réunion obligatoire.* — La réunion effective du conseil d'administration est une des conditions de la validité des décisions prises par lui [1]. Ainsi la décision majoritaire ne pourrait être prise par correspondance échangée entre les différents administrateurs, comme le décide le jugement précité du Tribunal de Nantes [1] et ce qui montre bien que la nécessité de se réunir est liée à l'idée de décision majoritaire, c'est que ce jugement semble admettre que si la décision avait été prise à l'unanimité, le vote par correspondance eût été admissible.

Le lieu de réunion est généralement déterminé par les statuts. Le plus souvent il est stipulé que le conseil se réunira au siège social. Mais en l'absence de stipulation statutaire, que décider ? La doctrine tend à prendre en considération l'importance du siège social. Les uns prétendent que la réunion au siège social est obligatoire par ce qu' « il y a dans le lieu où se réunissent habituellement les administrateurs une indication très précise de la nationalité qu'il importe d'attribuer à la société » [2], en revanche d'autres

1. Nantes, *J.S.*, 1924, p. 466. COPPER-ROYER, II, p. 386.
2. COPPER-ROYER, II, 602 et I, 310. — Cf. Trib. com. Seine, 3 mai 1899, *J.S.*, 1999, p. 474. — Trib. com. Seine, 2 mars 1905, *J.S.*, 1905, p. 510.

auteurs ne font pas de la réunion au siège social une règle impérative, et il n'apparaît pas, en effet, qu'un critérium jurisprudentiel de pur fait ait en droit un tel caractère. Néanmoins, on ne peut que conseiller la réunion au siège social pour cette raison que telle délibération pourrait, dans le cas contraire, paraître entachée d'une sorte de clandestinité, susceptible de mettre en doute, éventuellement, la valeur des décisions prises. Du reste il ne semble pas que depuis le décret du 29 novembre 1939 dont l'article 17 permet au conseil de modifier le lieu du siège social, cette question fasse de grandes difficultés. Un conseil paraît, depuis lors, habilité à se réunir ailleurs qu'au siège social et cela peut être même en présence d'une clause statutaire contraire : cette dernière solution, disons-le tout de suite, apparaît comme une conclusion théorique fort peu recommandable dans la pratique.

La réunion en conseil n'est pas le seul mode d'activité des administrateurs ; on voit certains de ceux-ci, et cela constitue à nos yeux une grave exception au principe d'entité parce que dans ce cas des décisions engageant la société peuvent être valablement prises aux termes des statuts, former un « comité de direction » ; en pratique cet organisme, créé en marge de la loi, dessaisit le conseil d'une partie de ses fonctions et, à bien des égards pourrait être comparé, par son rôle effectif sinon par sa composition à la direction de la société anonyme en droit allemand. Au contraire du conseil il semble qu'aucun usage ne se soit formé relativement aux réunions, au mode de décision, de vote, etc... du comité de direction. En fait le comité de direction n'était encore qu'à l'état embryonnaire, et nous

verrons ce que la loi du 16 novembre 1940 en a fait. Certains auteurs prétendaient qu'il ne formait qu'un « rouage intérieur n'ayant pas d'existence officielle vis-à-vis des tiers[1]. Mais une telle opinion paraît inexacte, car les statuts donnaient souvent au comité de direction pouvoir d'engager la société : en cet état il faisait bien figure d' « organe officiel de la société ». La jurisprudence est rare en cette matière : un arrêt de la Cour de Paris en date du 15 février 1924 (S., 1925.2.44) semble admettre l'opinion qui vient d'être critiquée : il décide que les décisions prises par le comité ne peuvent engager la société qu'à condition d'avoir été ratifiées par le conseil ; sur ce point régnait donc une grande incertitude.

Autre atteinte au principe d'entité : les délégations de pouvoirs consenties au président ou l'administrateur-délégué ; ces derniers exercent alors principalement leur activité hors du conseil, et indépendamment de toute discussion, de toute délibération en commun. Mais cette situation devra être distinguée de celle où le conseil répartit le travail entre les administrateurs : cette répartition ne porte nullement atteinte au principe d'entité, puisque faite pour préparer et éclairer les délibérations en conseil. On a pu même voir la jurisprudence décider que telle attribution de pouvoirs à tel administrateur constituait une simple répartition ; il s'agit d'ailleurs d'une jurisprudence un peu particulière qui tend à déjouer les manœuvres des administrateurs qui, par l'attribution d'un poste de direction technique, recherchent l'inamovibilité de fait.

Mais si la réunion et la délibération n'étaient pas sous

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, 1094. — GONTIER, thèse précitée, p. 63 et suiv.

l'empire de la loi du 24 juillet 1867, le seul mode d'activité des administrateurs, du moins constituaient-elles la seule et obligatoire forme d'action du conseil. Lorsque les statuts ne contiennent pas de clause relativement à la fréquence de ces réunions, que décider ? Ces réunions doivent « avoir lieu « aussi souvent que besoin sera »[1]. Il est absolument impossible de fixer en bonne logique, un minimum obligatoire. En droit ce n'est pas sur le terrain d'une réglementation objective qu'il faut se placer ici, mais sur celui de l'obligation de réunion, laquelle incombe à chaque administrateur, et plus encore au président. Et les juges peuvent taxer les administrateurs de négligence, entraînant leur responsabilité s'ils ont siégé trop rarement au cours de l'exercice social.

Qui, enfin, peut assister à la réunion ? Personne en principe, semble-t-il, en dehors des administrateurs. Le conseil est un tout et pour cette raison est fermé à ceux qui n'en font pas partie. En fait deux personnages d'inégale importance y assistent souvent : le secrétaire, le directeur général. Mais ce caractère d'entité du conseil est si fort qu'on a pu voir la jurisprudence assimiler à des administrateurs et, de ce fait, charger de la même responsabilité, des personnes non administrateurs mais qui assistaient régulièrement aux délibérations du conseil.

b) *Règle de la participation personnelle. — Ses tempéraments.* — La délibération doit être effective. C'est elle qui exprime tout le travail de préparation de chaque affaire et qui permet, bien souvent, de jeter sur la solution envisagée une lumière nouvelle. Théoriquement, la délibération

1. COPPER-ROYER, II, 602.

n'est que le fait psychologique qui précède la décision, celle-ci ayant seulement une valeur externe. En fait la délibération a pris une telle importance que l'on emploie le terme dans plusieurs sens : délibération veut aussi bien dire réunion matérielle du conseil que contenu de la décision prise.

Pour que la délibération se déroule dans les meilleures conditions, — celles mêmes qui ont été prévues aux statuts — il faut que chaque administrateur soit là, d'où la double obligation de la présence et de la présence personnelle.

1) *Obligation d'être présent.* — En principe chaque administrateur est tenu d'assister aux délibérations et son absence répétée, pouvant être une source de préjudice pour la société, peut engager sa responsabilité[1]. Mais quel est le contenu de cette obligation ? Suffirait-il de voter ? Dans ce cas la validité du vote par correspondance devrait être admise. Une partie de la doctrine semble favorable à cette idée, mais n'indique pas ses raisons[2]. Le danger d'admettre un tel vote est grand : l'administrateur prend parti sur chaque décision, sans pouvoir entendre la discussion qui l'a précédée. La difficulté provient de ce que rien ne lui interdit d'exercer son mandat par correspondance.

Mais nous croyons qu'ici le principe d'entité est assez fort pour interdire le libre jeu des règles du mandat de droit civil. La discussion détermine le vote, celui-ci ne peut être acquis par avance ; nous croyons cette solution d'autant plus exacte que, comme nous l'avons vu, la jurisprudence n'exige pas qu'à chaque convocation des administrateurs soit joint l'ordre du jour de la prochaine délibération.

1. THALLER et PIC, n° 1122.
2. COPPER-ROYER, II, p. 327.

Même lorsque l'administrateur absent est excusé, nous ne croyons pas à la possibilité d'un tel vote, parce que les risques ci-dessus n'en sont pas moins valables.

2) *Obligation de la présence personnelle.* — L'administrateur est-il tenu de prendre part, en personne, à la délibération, ou peut-il s'y faire représenter par autrui ?

On remarquera que ce problème est bien distinct du précédent en effet, le vote sera exercé par une personne ayant participé à la discussion, ou l'ayant tout au moins écoutée.

Cependant l'hypothése est choquante, dit-on.

Tout d'abord, les statuts fixent fréquemment un quorum : pourra-t-on, pour l'atteindre, décompter les voix représentées ? Dans ce cas on arriverait au paradoxe d'un conseil ne réunissant qu'une personne, ou en tout cas un nombre d'administrateurs inférieur au quorum statutaire.

La présence d'un étranger au conseil paraît ensuite bien dangereuse pour la société, ne serait-ce que pour le secret des choses sociales. L'administrateur a été choisi par les actionnaires pour ses qualités personnelles.

Enfin, admettre le principe largement c'est ouvrir la porte à une pratique d'absentéisme accompagnée de l'emploi généralisé des pouvoirs en blancs.

Cependant des auteurs ont pu admettre la possibilité d'une seule délégation[1] et Houpin a montré l'urgence de cette question en temps de guerre[2].

Nous ne voyons pas que la solution puisse être donnée

1. Thaller et Pic, II, p. 672. — Houpin et Bosvieux, II, N° 1065. — Croirand, N° 532.
2. *J.S.*, 1915.243. — Voir aussi Wahl, *Information* 9 octobre 1911 et janvier 1915.

pour chaque administrateur pris *in individuo*, car on ne pourrait arriver qu'à une impasse :

— ou bien on interdirait la faculté de subdéléguer, et dans ce cas, combien de conseils seraient paralysés dans leur fonctionnement, dans toutes les circonstances qui interdisent la participation personnelle de chacun à la réunion,

— ou bien on autoriserait cette pratique et elle ouvrirait rapidement la porte à des abus.

La conception de la participation personnelle fondée sur la confiance des actionnaires est en soi assez utopique si l'on songe que les administrateurs sont le plus souvent en fait, sinon en droit, désignés par une sorte de cooptation. De plus, comment admettre que le conseil puisse délibérer dès qu'il réunit un quorum inférieur au nombre total des administrateurs ? Quant à la présence d'un étranger au conseil, est-elle si choquante si le mandataire choisi est quelque directeur ou le secrétaire du conseil ?

Devant d'aussi pauvres arguments, nous croyons pouvoir transposer la discussion : c'est le conseil en son entier qui compte, non l'administrateur.

Tout d'abord la possibilité de se faire représenter, qui n'existerait que dans des cas exceptionnels (maladie grave, empêchement dû aux circonstances) ne jouerait que pour atteindre le quorum et permettre au conseil de se réunir, mais encore ne faudrait-il pas que cette stipulation permît la réunion d'un conseil squelettique. Il y a là une question de mesure qui devrait être soumise à l'appréciation des tribunaux.

Ensuite le mandataire — s'il était étranger au conseil — devrait être agréé par les administrateurs présents. Dans le

cas où ceux-ci refuseraient leur agréement, le mandat resterait alors sans effet.

D'autre part, le mandat conféré ne pourrait être impératif, la discussion pouvant, seule, éclairer et déterminer le vote.

Ces règles nous paraissent valables dans le silence des statuts, parce qu'elles sont conformes à la conception que nous nous faisons du conseil, conception opposée à la notion individualiste de l'administrateur.

Mais les statuts font parfois obstacles à la pratique de la subdélégation, et l'on décide généralement qu'une telle prohibition est valable et doit être respectée[1].

La doctrine paraît extrêmement imprécise en cette matière. Il semble qu'il y ait une simple tendance à reconnaître que le concours de l'administrateur est personnel. Wahl cependant, juriste des plus traditionnalistes, s'en tenait aux pures règles du mandat et admettait la validité d'une telle subdélégation.

Dans la dernière édition de leur traité (1935) Houpin et Bosvieux croient que les statuts peuvent autoriser les administrateurs à se faire représenter par leurs coolègues, mais « ils doivent indiquer le nombre des administrateurs « dont la présence effective et la représentation sont néces- « saires pour la validité des délibérations ». Sur quoi se fonde une telle opinion ? Ni sur les règles du mandat civil, ni sur la rédaction des statuts puisqu'elle propose une limitation à la liberté de cette rédaction. En réalité, le conseil est considéré ici comme une entité, dont le droit domine celui de l'administrateur.

1. THALLER et PIC, II, p. 572. — *Contra* : WAHL, *J.S.*, 1905, p. 299.

Quant à la jurisprudence, elle semble rarissime : nous relevons un arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 1892 (D.P., 1893.1.326) qui semble hostile à une pareille délégation effectuée, en l'occurence, dans le silence des statuts [1].

c) *Règle de quorum.* — Si l'on obligeait le conseil à délibérer tous administrateurs présents, ce serait le plus souvent, paralyser son action. D'où la clause fixant le quorum nécessaire pour la validité des délibérations : Notons seulement combien la notion de quorum est, elle aussi, étrangère à celle du mandat. Comme nous l'avons vu déjà l'administrateur fait seulement nombre. L'important est que ce nombre soit suffisant pour permettre une discussion féconde et une décision sérieuse par la majorité.

Mais, tout d'abord, que décider dans le silence des statuts ? Ici, aussi, la doctrine est partagée. Wahl, prenant l'article 22 de la loi de 1867 à la lettre, pense que le quorum est alors implicitement fixé à un ; c'est bien au fond l'esprit de la loi de 1867, mais cette doctrine fait litière de la tendance générale de la pratique à faire passer l'administrateur individu au second plan, et aboutirait à appliquer l'article 1857 Code civil aux sociétés anonymes, solution généralement repoussée (voir *supra*, chap. I). D'autres auteurs disent que permettre la délibération du conseil sans que tous les membres en soient présents « est contraire aux « principes généraux du droit » [2], c'est-à-dire, semble-t-il, aux principes de l'article 1134 Code civil. Dans cette discussion, plus scolaire que pratique, nous inclinons plus volontiers vers la deuxième doctrine, encore qu'elle conduise

1. Voir aussi *J.S.*, 96, p. 517.
2. Copper-Royer, II, p. 334.

à de grandes incommodités ; du moins a-t-elle le mérite de mettre l'accent sur l'idée que le conseil constitue un tout.

La seule difficulté qui se soit posée, au sujet du quorum, est de savoir si des administrateurs irrégulièrement élus, pourraient néanmoins faire nombre et satisfaire ainsi à l'obligation statutaire. Un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, en date du 17 décembre 1830[1], annule les décisions prises par un conseil dont le quorum n'avait été atteint que par suite de la présence d'un administrateur non actionnaire. Le commentateur de cette espèce compare la délibération d'un conseil, prise dans de telles conditions, à la tenue d'une assemblée générale à laquelle des actionnaires ont indûment participé et montre que, si la solution est exactement contraire, c'est que la part que prend l'actionnaire à l'assemblée n'a en général du moins, rien de comparable au rôle, parfois prédominant, qu'un administrateur peut jouer au sein du conseil.

Plus délicate serait la question de savoir si le quorum pourrait être atteint au moyen d'une adhésion isolée postérieure à la délibération. Nous ne le pensons pas. Le quorum n'a de sens qu'en fonction de la réunion effective. Dire que la délibération est gouvernée par le principe de la simultanéité n'est pas simple verbalisme : comment fixer le chiffre exprimant la majorité si le quorum est lui-même susceptible de variation ? De plus, l'administrateur qui vient compléter le quorum n'a pas assisté à la délibération Enfin — et surtout — son intervention pourrait avoir pour effet, dans beaucoup de cas, de lui remettre le droit de décider seul, car il sait exactement quel poids aura son

1. *J.S.*, 1932, p. 22, note CORDONNIER.

intervention alors que, d'autre part, la délibération et le vote de ses collègues sont déjà acquis. De ce que le conseil est un tout, agissant comme tel, nous nous refusons à croire à la validité d'une telle pratique. On cite parfois, en ce sens, un jugement du Tribunal de commerce de Lyon du 14 janvier 1904 (*J.S.*, 1905, p. 42). Mais l'espèce se complique de circonstances spéciales : il s'agissait d'une convocation d'assemblée générale effectuée dans ces conditions par le conseil : cette irrégularité avait été couverte par décision de l'assemblée.

Nous ne connaissons donc pas de jurisprudence en cette matière. Mais la doctrine[1] semble ici aussi considérer le conseil comme un tout et admettre le principe de la simultanéité des délibérations.

Il ne faut d'ailleurs pas se figurer le quorum comme l'expression minima du conseil d'administration, car le quorum peut fort bien être réuni sans que la délibération soit pour cela possible. En effet, le principe de la stabilité de composition s'oppose à la tenue d'une réunion dès lors que l'un des administrateurs a démissionné ou est mort. C'est bien ce qu'admet très clairement — malgré des critiques que nous ne comprenons pas — un arrêt de la Cour de Paris du 28 juin 1895, lequel admet implicitement que toute délibération prise dans de telles circonstances, le quorum fût-il réuni, est nulle dès lors que cette délibération n'a pas pour but de convoquer l'assemblée générale[2]. C'est la même idée qui a permis à la Cour de Paris de décider le 20 mai 1887 (*J.S.*, 1888, p. 306) qu'un conseil réunissant

1. Houpin et Bosvieux, II, N° 1064, p. 237, n. 1.
2. *J.S.*, 1895, p. 429, note Houpin.

le quorum requis ne peut valablement délibérer dès lors que tous les administrateurs n'ont pas été convoqués (voir *supra*, le principe de la convocation).

La règle du quorum a un caractère exclusivement statutaire, nous l'avons vu. Il s'ensuit qu'une assemblée générale ne peut confirmer utilement la décision prise par un conseil ne réunissant pas le quorum, car se serait modifier le pacte social[1]. Nous aurons à examiner si depuis la loi du 16 novembre 1940 elle n'a pas une autre nature.

III. — **Le principe de la décision majoritaire.**

Si la délibération est, psychologiquement, l'essentiel de l'acte accompli en conseil, la décision en est certainement l'élément juridique le plus important et nous avons vu comment toutes les règles de la délibération sont subordonnées au principe majoritaire.

Cette décision est obtenue au moyen du vote, lequel se fait presque toujours par tête. Cette manière de procéder montre que l'élément « capital » est secondaire lorsqu'on considère l'administrateur : quel que soit le nombre des titres qu'il possède, son droit de vote est toujours le même, règle contraire à celle qui régit les droits de l'actionnaire en assemblée générale et cela se comprend assez si l'on pense que le droit d'entrée au conseil de l'administrateur est simplement un mandat reçu des actionnaires et non sa qualité d'actionnaire, laquelle a dû être exigée par la loi pour être obligatoire. Il faut en conclure que, dans le silence des statuts chaque administrateur ne dispose dans le conseil

1. *J.S.*, 1898, p. 16, note.

que du nombre de voix que lui confère son mandat, soit une. Il arrive parfois que les statuts donnent voix prépondérante au président en cas de partage : c'est donc le système de légalité absolu dans tous les autres cas.

La règle du vote par tête semble résulter d'un usage[1] Mais cet usage ne s'est pas formé ici par reproduction constante d'une clause statutaire[2]. En réalité cet usage semble ici fondé sur la nature des choses : il n'y a aucune raison dans une assemblée formée de mandataires d'une même personne, de conférer à l'un plus de pouvoir qu'à l'autre. On a pu dire[3] que la loi du 24 juillet 1867, en ses articles 26 et 44, semblait établir entre les administrateurs « une sorte d'égalité de traitement » : l'argument paraît dépourvu de force : la loi de 1867 n'a pu prévoir une telle situation, puisqu'elle est exclusive de la notion de conseil.

L'usage semble assis sur une idée autrement féconde : le conseil apparaît bien comme « l'image réduite », suivant l'expression de Coppper-Royer, de l'assemblée générale des actionnaires. En droit les statuts, ou l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires ont pu organiser l'assemblée générale suivant deux schémas : ou bien les porteurs d'actions ont tous le même intérêt : dans cette hypothèse il est nécessaire et suffisant que cet intérêt soit représenté globalement par chaque administrateur, investi d'une mission de délibération et d'un pouvoir de voter égal à ceux de ses collègues ; ou bien, au contraire, des oppositions — ou tout au moins des différenciations d'intérêts — sont établies entre les différents porteurs d'actions. Dans cette deuxième

1. CORDONNIER, *J.S.*, 1931, p. 513.
2. Voir *infra*, Chap. VI.
3. CORDONNIER, *op. cit.*

hypothèse, l'opposition d'intérêts pourra exister entre les actions qui seront alors classées par groupes A - B - C, par exemple ou bien entre les actionnaires dont les intérêts seront répartis par groupes de personnes ayant une qualité commune, laquelle résidera le plus souvent dans la nationalité (comme David en donne des exemples dans sa thèse précitée) : ces deux cas appelleront une différenciation dans les votes exprimés en assemblée. Il sera alors logique que la représentation de ces groupes différenciés soit réalisée dans le conseil d'administration de la même façon différenciée.

Deux principes semblent résulter de cette constatation : 1° l'assemblée est liée par sa propre organisation, laquelle est définie par les statuts. Une assemblée où aucune opposition d'intérêt ne se fait jour, ne pourrait valablement choisir des administrateurs ayant un droit de vote inégal. Dans ce cas le principe du vote par tête résultera de l'uniformité des intérêts des actionnaires en assemblée. L'organisation du mandat des administrateurs résulte de celle de l'assemblée et l'on ne pourrait porter atteinte à l'une qu'à condition de modifier l'autre au moyen d'une assemblée générale extraordinaire modifiant les statuts en ce sens. En pratique, on ne voit guère la question se poser. Cependant, il pourra arriver que la majorité choisisse les administrateurs parmi les seuls porteurs de telles actions (par exemple parmi les porteurs d'actions de capital, à l'exclusion des porteurs d'actions de jouissance). Ce procédé sera licite car il ne portera pas atteinte à l'uniformité de l'assemblée, les administrateurs choisis représentant tous les actionnaires, puisque choisis par la majorité absolue, et

non pas seulement telle catégorie d'entre eux[1]. En revanche l'assemblée n'aurait pu, en choisissant les administrateurs sans distinction entre la nature de leurs actions, attribuer à ceux qui étaient porteurs des actions de capital, un droit de vote proportionnel, car c'eût été porter atteinte aux statuts, ceux-ci ayant organisé l'assemblée générale sur une base uniforme. La jurisprudence semble bien être en ce sens, lorsqu'elle admet que l'assemblée générale est libre de choisir les administrateurs parmi les porteurs d'une seule catégorie d'actions, dès lors que le choix n'implique pas une répartition de la représentation entre les différents groupes d'actions[2].

Dans le silence des statuts, l'assemblée sera évidemment réputée organisée suivant un principe d'uniformité par suite la représentation sera uniforme et le droit de vote s'exercera obligatoirement par tête.

2° les statuts pouvant organiser l'assemblée par groupes d'intérêts, la représentation du conseil pourra s'effectuer suivant le même principe.

Dans ce cas, le conseil restera bien l' « image réduite » de l'assemblée.

Sur la question de la représentatiin par groupes d'intérêts, il ne semble pas exister de doutes en doctrine. Cordonnier l'admet expressément pour justifier précisément la possibilité d'un vote proportionnel[3] : « rien ne s'oppose,

1. Wahl, « Des restrictions apportées à la désignation des administrateurs », *J.S.*, 1913, p. 337 et notamment, p. 341.

2. Lyon, 27 novembre 1912, *Gaz. Soc.*, 1913, p. 115. — Trib. com., Lille, 11 octobre 1898, *J.S.*, 1899, p. 270. — Lyon-Caen et Renault, II, N° 815, *J.S.*, 1896, p. 482 et 1899, p. 271. — Bouvier-Bangillon, *J.S.*, 1906, p. 146 et suiv.

3. Cordonnier, « Du calcul des voix dans les conseils d'administration des sociétés anonymes », *op. cit.*, *J.S.*, 1931, p. 513.

écrit-il, à ce qu'un administrateur représente un groupe d'actionnaires au lieu de représenter l'assemblée toute entière ». De même Wahl semble admettre ce système[1]. Mais nous ne croyons pas qu'on puisse s'appuyer sur la jurisprudence dont quelques décisions font, au contraire, ressortir, à notre sens, l'impossibilité d'une représentation de l'assemblée par groupes d'intérêts, dès lors que celle-ci n'a pas été organisée sur cette base par les statuts.

Les statuts pourraient donc organiser une représentation proportionnelle des actionnaires. Il dispose, pour cela, de deux solutions :

— la première consistera à attribuer en conseil à chaque groupe d'intérêts un nombre d'administrateurs proportionnel à son importance. Ici donc on ne touchera pas au mode de votation par tête. Ce système pourra être satisfaisant si l'importance relative des groupes d'intérêts est invariable : les actions A, B, C seront alors représentées respectivement par trois, deux, un administrateur, par exemple. Mais le système manquera de souplesse lorsque l'importance de ces groupes variera. Il faut supposer que les actions ne sont pas différenciées entre elles : seuls le sont les groupes d'actionnaires. Si, par hypothèse les actions sont nominatives, la représentation de chaque groupe par un nombre fixe d'administrateurs ne conviendra plus, la société ayant le moyen de connaître les variations d'importance des groupes. Envisager la nomination d'administrateurs supplémentaires, ou la démission d'administrateurs en exercice, sera la source de complication infinies : de plus,

1. WAHL, *op. cit.*, voir notamment, p. 341.
2. Lyon, 27 novembre 1912, précité, Lille, 11 octobre 1938.

la méthode n'aboutira pas toujours à une proportionnalité rigoureuse.

— D'où le système de vote par intérêts : chaque groupe sera représenté par un seul administrateur et chacun disposera d'un nombre de voix exactement proportionnel à l'importance de son groupe, révélée par les registres de la société au moment de la délibération du conseil. Soient trois groupes A, B, C possédant respectivement au 1er juillet 20.000, 15.000, 10.000 actions. L'administrateur représentant le groupe A aura 20 voix, l'administrateur représentant le groupe B en aura 15, le troisième, enfin 10. En définitive l'administrateur représentant le groupe A pourra, à lui seul, former la majorité, ce qui finalement paraît bien conforme à l'esprit de l'organisation de l'assemblée et de la société. Tel est le mode de votation que Cordonnier appelle le « vote par intérêts ».

Cette méthode apporte un renouveau à la théorie de « l'*intuitus pecuniae* ». Mais pourrait-elle, sur une autre base, s'inspirer de l'idée d' « *intuitus personae* ».

Tel administrateur statutaire pourrait, par exemple, se voir nanti d'un droit de vote double, en raison de ses services particulièrement estimés, de son entregent, etc... ou encore les statuts comporteraient des clauses analogues à celles-ci : « le président du conseil d'administration « disposera de deux voix dans toutes les délibérations » ou « le président aura le droit de s'opposer par son vote à « l'exécution de telle décision, laquelle devra faire alors « l'objet d'une nouvelle délibération dans un délai de 10 « jours ». Il semble qu'aucune disposition légale n'interdit de pareilles stipulations. De plus, l'assemblée générale des

actionnaires pourra très bien refuser de nommer l'administrateur désigné par les statuts. Ou encore le conseil pourra révoquer le président qui abuserait de son droit de veto.

Dans tous les cas, que nous venons d'examiner, le droit de vote inégal appelle mainte observation :

1° Tout d'abord il y aura lieu de distinguer le droit de vote inégal fondé sur l'*intuitus personae* de celui qui serait fondé sur l'*intuitus pecuniae*. Le premier ne paraît pas critiquable car il ne fait que permettre à la confiance que les actionnaires témoignent à un administrateur, la faculté de s'exercer avec une efficacité particulière au sein du conseil. L'administrateur ainsi distingué y exercera le plus souvent une influence bienfaisante justifiée par ses qualités, son expérience etc... Le second, au contraire, est peut-être conforme aux intérêts de groupes, mais peut nuire au bon fonctionnement social, car les administrateurs s'inspireront d'avantage des intérêts particuliers qu'ils représentent que de celui de la société. Lorsque ces groupes d'intérêts seront nationaux il pourra être urgent de protéger l'intérêt national avant l'intérêt social ; et il faut bien dire que ce sera là, fréquemment, la justification du vote par intérêts.

Nous ne dirons que quelques mots de l'introduction de vote par intérêts en cours de vie sociale dans les délibérations du conseil. Elle ne pourra se faire qu'à la faveur d'une modification statutaire, ayant pour objet de donner à l'assemblée l'aspect d'inégalité qu'elle doit tout d'abord revêtir, comme nous l'avons montré précédemment.

Nous signalerons, enfin, que des combinaisons variées du vote par intèrêts (fondé sur l'*intuitus personae* ou sur l'*intuitus pecuniae*) et du vote par tête — ces diverses

combinaisons dont on trouvera le mécanisme dans l'article précité de Cordonnier (*in fine*) — ne seront valables, à notre sens, qu'autant qu'elles seront conformes aux principes que nous avons essayé de dégager plus haut.

En terminant nous indiquerons que nous n'avons pas cru devoir attacher d'importance au quantum de la majorité : que celle-ci soit la majorité absolue simple ou une majorité plus élevée (dont le principe est d'ailleurs et *à fortiori* accepté unanimement en doctrine) comme celles des 2/3 ou des 3/4 des voix des membres présents, on se trouve toujours devant le principe de la décision majoritaire, et ses conséquences demeurent exactement les mêmes.

IV. — **Usages destinés à faciliter la tenue des délibérations.**

La délibération du conseil est généralement préparée avant d'être soumise au conseil : ce travail correspond à la répartition des attributions dont nous avons déjà parlé, répartition faite entre les administrateurs par le conseil.

D'autre part, le conseil nomme généralement un bureau chargé d'assurer la tenue des délibérations matérielles du conseil : il était fréquemment nommé un président et deux vice-présidents. Les vice-présidents étaient chargés de remplacer le président ; quant à celui-ci la jurisprudence lui reconnaissait généralement deux prérogatives : la convocation du conseil et la présidence des séances[1]. Il ne pouvait être question de lui en reconnaître d'autres : notamment, bien que l'ait décidé un arrêt isolé, le président

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, N° 239.

n'avait nullement qualité pour représenter la société en justice.

Mais si le président dirige les débats, sa présence n'est pas indispensable à la validité des délibérations. Ainsi le président pouvait être absent ; et même s'il quittait la salle des délibérations, le conseil pouvait continuer à siéger, au besoin en élisant un nouveau président, auquel il suffisait qu'il fut désigné à la majorité des membres présents, pourvu que les conditions de délibération fussent acquises par ailleurs[1].

Nous aurons à examiner si la situation nouvelle faite au président par la loi du 16 novembre 1940 n'est pas venu modifier sa position au sein du conseil, ce dont la loi récente ne semble pas se préoccuper.

Il est également d'usage de procéder à la désignation d'un secrétaire, lequel n'est pas nécessairement administrateur : c'est alors le seul étranger au conseil pouvant assister de droit aux délibérations.

Le rôle du bureau, ainsi constitué, ne dépasse pas le cadre d'une organisation destinée à faciliter la tenue des délibérations. Ce qui semblait confirmer l'égalité existant entre tous les administrateurs. Mais la jurisprudence, depuis longtemps en avance sur la doctrine ne manquait pas, bien que fort critiquée[2] d'attacher une grande importance à la situation morale que le président du conseil d'administration tirait le plus souvent de ses fonctions. De ce prestige il pouvait arriver que le président abusât, ce dont le droit ne pouvait se désintéresser ; la jurisprudence a parfois sur

1. *Ibid.* II, p. 240. — Copper-Royer, II, p. 327.
2. Houpin et Bosvieux, II, p. 249, note 2.

la base de la théorie de l'apparence, créé un droit entièrement neuf en attribuant au président une situation qu'il n'a certainement pas en droit strict[1]. « Il a pu arriver que « les tribunaux correctionnels fissent peser sur le président « une responsabilité particulière que rien ne justifie »[2]. La seule circonstance que cette jurisprudence émane de juridictions pénales suffirait à montrer qu'ici le fait commande le droit. Peut-être en tout cas y-a-t-il un mouvement plus fort que tous les arguments, et qui contribuerait alors, à expliquer une étape de l'évolution : la loi du 16 novembre 1940.

V. — Preuve de l'observation des règles précédentes le registre des procès-verbaux.

Le registre des procès-verbaux des délibérations constitue la preuve de la régularité de celles-ci, c'est-à-dire de l'observation des règles précédentes, obligatoires dès lors que la décision est prise à la majorité (l'unanimité fût-elle obtenue) et non par l'adhésion matérielle de tous les administrateurs à l'acte (voir *supra*). Dans ce dernier cas la doctrine décide bien, en effet, qu'il n'est pas nécessaire de dresser un procès-verbal et il semble que la jurisprudence soit dans le même sens.

Les procès-verbaux des délibérations sont, en général, consignés sur un registre spécial tenu au siège des délibérations, le plus souvent siège social. Ils sont signés par la personne habilitée à cet effet soit par les statuts, soit par le

1. Toulouse, 4 mars 1909, *J.S.*, 1909, p. 266. — Req., 1er décembre 1931, D., 33.1.89, note HAMEL.
2. COPPER-ROYER, *loc. cit.*

conseil d'administration. S'il n'a rien été prévu, tous les administrateurs devront le signer, et si l'un d'entre eux s'y refusait, il pourrait y être contraint par voie de justice[1]. Un pareil incident pourrait provenir de ce que l'administrateur voudrait, contrairement à la volonté de ses collègues insérer, en même temps que sa signature, quelque remarque au procès-verbal, remarque concernant par exemple l'explication de sa conduite ou de son vote ; nous verrons plus loin comment résoudre une telle situation, prévue d'ailleurs par quelques législations étrangères. En tout cas, le registre des procès-verbaux n'ayant pas, comme nous allons le voir, un caractère d'ordre purement interne, et pouvant être fréquemment communiqué soit aux tiers-contractants, soit aux actionnaires, n'a aucun caractère confidentiel : en conséquence l'administrateur ne saurait être seul juge des mentions à insérer au registre lorsqu'elles pourraient porter préjudice à la société ou à ses co-administrateurs ; en cas de conflit sur ce point le conseil aurait à décider des mentions à inscrire et, éventuellement, des pièces à annexer.

Lorsque la délibération a fait l'objet d'un procès-verbal quelle est la force probante de celui-ci, et d'une façon générale quelle est celle des registres des délibérations ?

Il faut, semble-t-il, décider qu'ils ne font foi que jusqu'à preuve du contraire. Certes on trouve des décisions attribuant au registre des délibérations une valeur authentique : ainsi un arrêt de la Cour de Paris du 29 janvier 1894 a pu décider qu'ils faisaient foi jusqu'à inscription de faux (*J.S.*, 1894, p. 474). Mais cette interprétation doit être écartée par application des articles 193 et 214 du Code de

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, p. 241.

procédure civile. Ainsi en a décidé un arrêt de la Cour d'Orléans du 25 janvier 1912[1] reprenant d'ailleurs une jurisprudence établie par un arrêt de Rouen du 6 avril 1909 (S., 1910.2.233, note Wahl).

Ce registre constitue le seul mode de preuve de la réalité des délibérations prises et, de même que la jurisprudence exige des tiers qui ont traité avec les administrateurs d'une société, de prouver les pouvoirs de ceux-ci, de même elle exige des tiers l'obligation de s'assurer que la délibération a été régulière et fait du registre un moyen de contrôle de cette régularité ; un jugement du Tribunal de la Seine est particulièrement significatif à cet égard : « Attendu, déclare-t-il, que l'article 24 des statuts de la banque d'Escompte dispose que le conseil d'administration autorise toute cession ou aliénation des créances et valeurs appartenant à la société, mais que l'article 23 prescrit que toutes les délibérations des conseils soient constatées par des procès-verbaux, inscrits au registre, et signés par le président et un membre du conseil ... « Attendu qu'il n'est apporté au « débat aucune preuve de délibération du conseil... (consta- « tée dans les conditions ci-dessus...) ... Attendu en droit « que le mandant n'est tenu des engagements du mandataire « que dans les limites du mandat... que c'est aux tiers « qui traitent avec le mandataire de s'assurer de l'étendue « des pouvoirs conférés à celui-ci... par ces motifs... dit que « les 247 actions de la société... n'ont jamais cessé d'être « la propriété exclusive de la Banque d'Escompte ». Cette décision est approuvée par Houpin en note (au *J.S.*, 1895,

1. S., 1914.2.33, note Wahl, voir aussi Lyon-Caen et Renault, p. 261, note 1. — Trib. civ., Seine, 16 décembre 1901, *J.S.*, 19 décembre, p. 122.

p. 122). Il semble que les juges fassent, ici, de l'inscription au registre des délibérations, une condition de l'exercice du mandat. Si cette jurisprudence peut être, parfois, gênante pour les tiers, elle ne peut cependant que les inciter à la prudence.

Comme corollaire de cette jurisprudence les tiers qui traitent avec la société peuvent exiger toute justification et notamment la preuve de la délibération, même dans le silence des statuts. Quant à la question si importante pour la validité de la délibération de savoir si tous les administrateurs avaient été convoqués et si le conseil était au complet lors de la délibération, les statuts contiennent fréquemment une clause prévoyant que la mention au procès-verbal, aux copies et extraits délivrés, que ces conditions étaient remplies, établit suffisamment, à l'égard des tiers, la composition régulière du conseil. Dans le silence des statuts ils pourront exiger toutes les justifications. C'est précisément devant la difficulté de fournir ces dernières qu'on se résout parfois à faire intervenir tous les administrateurs à l'acte.

Les copies et extraits délivrés devront être revêtus des signatures prévues aux statuts, ou arrêtés par la délibération. Dans le silence, ils devront être revêtus de la signature de tous les administrateurs. Ces copies ou extraits pourront être exhibés en justice, en raison, précisément de l'absence de tout caractère confidentiel de ces documents.

VI. — Contrôle juridictionnel du fonctionnement normal du conseil.

Les statuts ne sauraient tout prévoir. Nous les avons vus établir un certain nombre de règles permettant le bon fonctionnement du conseil. Ces règles sont, le cas échéant, interprétées par les tribunaux et, certaines, devenues d'ordre public, sont alors affirmées comme telles par les décisions judiciaires ; la violation de ces règles impératives entraîne alors la nullité de la délibération.

Mais que décider lorsque, sans qu'aucune de ces règles soient positivement violées, la mission du conseil ne s'accomplit plus normalement ? Il en sera ainsi à la suite de mésentente grave surgi au sein du conseil ; il est de l'intérêt social de faire disparaître cette mésentente, au besoin en renouvelant le personnel des administrateurs. Mais la prochaine assemblée générale peut être encore loin, et le conseil se refuser à en convoquer une.

Aussi les tribunaux se reconnaissent-ils un droit de contrôle, qui s'exerce à la demande de toute personne ayant un intérêt sérieux au fonctionnement harmonieux du conseil. Ce contrôle revêtira deux formes distinctes : devant le tribunal de commerce, devant le juge des référés (loi du 11 mars 1924).

1° *Le contrôle du tribunal de commerce.* — Tout d'abord on voit certains arrêts de Cours d'appel valider la nomination d'administrateurs provisoires, faites par le Tribunal de commerce en présence de dissentiments graves ayant éclatés au sein du conseil et compromettant la bonne gestion

des affaires sociales[1]. Ainsi le jugement précité du Tribunal de commerce de Toulouse déclare que les « dissentiments « et querelles qui ont éclaté au sein du conseil compro- « mettent le fonctionnement normal de la société » et reproche au conseil de n'avoir pas convoqué spécialement l'assemblée qui, fait-il remarquer, n'est pas seulement habile à approuver les comptes, mais doit être convoquée, même en cours d'exercice, si le besoin s'en fait sentir. Parfois même la jurisprudence est allée plus loin et, constatant l'incapacité ou la négligence des gérants, a pu autoriser la nomination d'un administrateur provisoire[2]. Ici le pouvoir des juges semble n'être limité que par les règles d'appréciation souveraine telles que les admet la Cour de cassation. En fait le jugement ou l'arrêt désignant un administrateur provisoire, devra faire état, dans ses motifs, des faits nécessitant cette nomination et n'aura pas besoin de les appuyer sur d'autres preuves. Mais, en règle générale, le tribunal n'interviendra que si la cause en vaut la peine, si le désordre est assez grave pour compromettre la gestion sociale ; souvent l'action est portée devant lui par un groupe d'actionnaires mécontents de ce désordre ; il pourra lui arriver de ne pas faire droit à la demande de cette minorité, parfois inspirée de motifs inavoués[3].

2° *Contrôle du juge des référés.* — Ce contrôle a été rendu possible, en matière commerciale, par la loi du 11 mars 1924[4] En cas d'urgence ce contrôle sera exercé par le juge des

1. Cass. Req., 6 février 1929, S., 29.1.88. — Paris, 21 février 1893, *J.S.*, 1894, p. 42. — Trib. com. Toulouse, 9 août 1929, *G.P.*, 29.2.768.
2. Req., 12 avril 1934, *Rev. Soc.*, 1935, p. 73.
3. Cf. note R.S., 1938, p. 12.
4. VIÉNOT, « L'application aux sociétés de la loi du 11 mars 1924 », *J.S.*, 1931, p. 321.

référés commerciaux, le président du Tribunal de commerce et l'on peut citer, en notre matière, plusieurs décisions émanant de cette juridiction (Cass., 18 janvier 1927, *J.S.*, 1928, p. 84 ; Paris, 28 janvier 1928, *J S.*, 1930, p. 157 ; Chambéry, 1er mars 1937, *Gaz. Pal.*, 37.1.183 ; Cass. req., 28 février 1929, S., 29.1.88 et surtout, Paris, 16 novembre 1937, *R.S.*, 1938, p. 11). Cette dernière espèce voyait aux prises deux catégories d'actionnaires, l'une d'elle avait obtenu en référé la nomination d'un administrateur provisoire aux fins de convoquer l'assemblée générale et cela malgré le conseil ; cette désignation fut rapportée par la Cour d'appel, motif pris notamment de ce que : « en statuant, « le magistrat du référé se fait juge de la décision prise par « le conseil d'administration (décision de ne pas convoquer « l'assemblée générale annuelle) et en annule les effets... « en ordonnant la réunion de l'assemblée générale sans « tenir compte du caractère de la contestation dont est « saisi le juge du fond, il empiète sur le domaine réservé « à celui-ci... ». Il est intéressant de noter que, dans cette affaire, la Cour prit enfin le parti de nommer un « observateur » suivant l'expression de l'annotateur pour « prendre « connaissance des résultats de l'exercice et contrôler les « opérations de la société ». Par cette décision, la jurisprudence paraît s'orienter vers une sorte de principe de l'autorité interne du conseil, laquelle ne le cède qu'à celle des actionnaires, pourvu du moins que celle-ci s'exerce en assemblée : c'est l'application même de l'idée de hiérarchie sociale.

De toute cette jurisprudence il ressort que les tribunaux se reconnaissent habiles à résoudre les difficultés d'ordre

interne surgis entre associés et administrateurs, ou même simplement au sein du conseil, tout en respectant les pouvoirs sociaux du conseil. Mais pour en arriver là elle est tenue d'apprécier la qualité de la gestion du conseil, sa diligence, la gravité des dissentiments : sur ce point le juge du fond exercera son pouvoir d'appréciation souverain : quant au juge des référés, comme le fait remarquer Viénot (*op. cit*) il ne pourra intervenir que si les trois conditions suivantes sont remplies :

— il faut qu'il y ait « urgence », notion qui semble d'ailleurs très largement comprise en jurisprudence,

— l'ordonnance du juge des référés ne doit pas préjuger au fond (règles des référés).

— il faut que la contestation soit sérieuse. En revanche, et malgré les termes de la loi, il n'est pas nécessaire, pour que le juge des référés puisse statuer, qu'une instance soit pendante au fond sur le même sujet.

CHAPITRE V

LE CARACTÈRE COLLECTIF DE LA RESPONSABILITÉ DU CONSEIL

« Les textes de nos lois commerciales, relatifs à l'admi-
« nistration des sociétés anonymes paraissent se référer
« toujours à des administrateurs qui agissent isolément ;
« or, le plus souvent, c'est par des décisions collectives du
« conseil que se manifeste l'action des administrateurs.
« Dès lors en présence d'une activité collective, comment ne
« pas envisager une responsabilité collective ? Ne serait-il
« pas normal de toujours considérer que les membres du
« Conseil d'administration sont co-auteurs de la faute
« contractuelle commise dans le mandat, du délit ou du
« quasi-délit ? ».

Telles sont les premières lignes consacrées par M. le Professeur Hamel à « la responsabilité individuelle des mem-
« bres du conseil d'administration dans les sociétés ano-
« nymes »[1].

Il y a bien, en effet, dans le monde du droit, un mouve-
« ment tendant à rechercher dans la forme collective des
« décisions que prend le conseil, la source d'une responsa-
« bilité également collective. Ce souci s'est fait sentir dans

1. *R.S.*, 1923, p. 133.

les milieux parlementaires : on a pu voir le Sénat, en 1934, discuter longuement un texte tendant à amender dans ce sens le vieil article 44 de la loi de 1867 ; adopté par le Sénat il ne fut même pas discuté par la Chambre des députés.

Commentant l'événement, Decugis a montré[1] les effets d'un tel mouvement à l'étranger et se demande, après M. le Professeur Savatier[2], s'il n'y a pas là un exemple de la tendance moderne à disjoindre les idées de faute et de responsabilité.

Mais nous verrons précisément comment l'on ne peut rattacher cette tendance — propre précisément aux sociétés anonymes — au mouvement général d' « objectivation » de la responsabilité : le problème, bien au contraire, est spécial, ne peut être traité, par suite, que dans le cadre du droit de la société anonyme, et ne peut être compris que par une analyse attentive du droit du conseil.

L'idée de la nécessité d'une faute commise, loin d'être exclue, est affirmée par la jurisprudence comme par la doctrine. Mais toute cette matière est dominée, une fois de plus, par l'idée que le conseil constitue une entité.

Tout d'abord, la responsabilité ne sera collective que lorsque l'acte générateur de la responsabilité aura été juridiquement accompli par le conseil. A ce principe, il n'y a qu'une exception, légale : l'article 26 de la loi de 1867.

Lorsque nous aurons analysé le principe de détermination des cas de responsabilité collective, nous aurons, au cours d'un deuxième paragraphe, à analyser la notion proprement

1. Decugis, « La responsabilité solidaire des administrateurs des sociétés anonymes », *J.S.*, 1935, p. 1.
2. Savatier, D.H., 1931.9, « Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ».

dite de responsabilité collective, et à la distinguer de la notion de responsabilité solidaire.

On le voit, le présent chapitre n'a nullement pour objet d'étudier la responsabilité du conseil : nous nous attacherons seulement à analyser son caractère collectif, seul point ayant un rapport avec cette étude. Ce caractère sera examiné sur le plan du droit du conseil d'administration, plan exclusivement technique et qui doit être distingué du plan général (obligations) sur lequel on le traite toujours.

I. — **Principe.** — « **Il ne peut y avoir de responsabilité collective que si l'acte générateur de responsabilité est juridiquement accompli en conseil** ».

Devant considérer la question du point de vue de la technique des sociétés anonymes, nous étudierons l'application de ce principe successivement en ce qui concerne l'article 42, puis l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867.

1° Lorsqu'il s'agit de la responsabilité des premiers administrateurs, la loi affirme qu'elle sera toujours « solidaire »; on a dit bien souvent en doctrine et en jurisprudence que la loi du 1er août 1893, modifiant l'article 42 de la loi de 1867 créait une présomption de responsabilité. S'il en était ainsi la question se poserait de savoir si elle est irréfragable. Mais l' « administrateur est toujours « coupable de ne pas avoir vérifié assez minutieusement la « régularité de la constitution. Aussi, beaucoup d'arrêts « précisent-ils que la faute résulte nécessairement de l'accep- « tation par chaque administrateur de ses fonctions »[1].

1. HAMEL, *R.S.*, 1923, p. 33.

On le voit donc, la loi de 1867, modifiée par celle de 1893, place la faute génératrice de la responsabilité sur un plan purement individuel. Il semble qu'il n'y ait pas place, ici, pour le principe ci-dessus.

Pourtant la jurisprudence semble parfois s'orienter vers une toute autre conception. Un arrêt récent de la Cour de cassation[1] décide que si pour les premiers administrateurs la faute résulte de l'acceptation même de leurs fonctions, il n'en est pas de même pour les fondateurs, également visés par l'article 42. Pour ceux-ci les tiers devraient prouver la faute au cours de la période constitutive.

M. le Professeur Lagarde commente l'arrêt en ces termes : « La faveur faite aux fondateurs en ce qui concerne la « preuve de la faute par rapport aux administrateurs qui « n'y ont pas participé, peut paraître choquante. Elle ne « laisse pourtant d'être logique, les fondateurs ne forment « point un collège organisé. Ils collaborent dans des condi- « tions qui laissent souvent une large indépendance à « certains d'entre eux.

« Si donc l'article 42 édicte à leur encontre, une respon- « sabilité solidaire de plein droit, cette responsabilité n'en « demeure pas moins individuelle en ce sens qu'elle devra « être établie à la charge de chacun d'eux... Les adminis- « trateurs, au contraire, bien que la loi n'y fasse pas allusion, « constituent un collège ; le conseil d'administration étant « investi d'une mission collective, on ne saurait s'étonner « que cette responsabilité fût collective ».

D'ailleurs, la notion déterminante de l'acceptation de ses fonctions par l'administrateur, pourra être mise en échec

1. Civ., 1er juillet 1930, S., 1931.1.305, note Lagarde.

en un cas : un administrateur a été systématiquement tenu à l'écart du conseil par ses collègues à l'aide de manœuvres caractérisées (dol, absence de convocation aux réunions) : dans ce cas les tiers devront démontrer sa faute individuelle. Ainsi en décide une jurisprudence critiquée[1] mais qui se comprend assez bien : l'arrêt semble avoir voulu marquer ici que l'administrateur, placé juridiquement hors du conseil, ne peut participer à la responsabilité solidaire que celui-ci encourt.

Mais, en présence des termes formels de l'article 42 de la loi de 1867, l'application d'une telle jurisprudence est nécessairement rare. On décide au contraire que la preuve contraire n'est pas recevable ; un arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1886 (D., 87.1.3) précise qu'un administrateur ne possédant pas le nombre d'actions requis par les statuts, ne pourrait invoquer sa nomination irrégulière pour s'affranchir de la responsabilité de l'article 42.

Nous ne croyons pas devoir attacher trop d'importance à cette espèce. Certes, il semble que juridiquement, l'administrateur ne faisait pas partie du conseil. Mais la Cour de cassation ne semble avoir voulu faire ici qu'une application de l'adage « *nemo auditur propriam turpituditem suam allegans* ». En réalité les termes formels de l'article 42 gênent beaucoup les tribunaux qui voudraient faire une application souple de ce texte. Nous allons voir qu'il en est autrement en ce qui concerne l'article 44 texte d'ailleurs sur lequel se concentre principalement, à ce point de vue, l'intérêt des juristes.

1. Cass., 30 janvier 1893, S., 93.1.224. — Douai, Avr. 1897, S., 98.2.8.

2° *Responsabilité de l'article* 44. — On observera tout d'abord qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. La source de la responsabilité — contrat, délit, quasi-délit — détermine seulement la charge de la preuve, mais n'a aucune espèce d'influence sur la responsabilité encourue, car il ne saurait faire aucun doute que la faute est nécessaire, conformément aux termes mêmes de l'article 44 : seule la faute détermine la responsabilité, non l'occasion de la faute[1]. On ne saurait soutenir, comme Decugis, que la faute n'est pas nécessaire, pour la seule raison que l'administrateur, en subissant les effets d'une condamnation, n'a pas commis de fait positif fautif. Il s'agit, en effet, moins de sanctionner une faute positive qu'une *participation juridique* à la faute.

Cette participation résulte du jeu des principes juridiques qui gouvernent le fonctionnement du conseil. Pour le comprendre, procédons à une classification des situations susceptibles de se rencontrer.

a) Dans une première série d'hypothèses on supposera que la faute est reprochée aux administrateurs agissant en tant que tels, non en tant que délégués du conseil ; il apparaît alors que la responsabilité est *en principe* collective : cette opinion heurte la doctrine dominante[2]. Mais nous croyons pouvoir détruire ce qui n'est, à notre sens, que l'effet d'une apparence.

Nous l'avons vu, l'administrateur ne peut agir en tant

1 HAMEL, *loc. cit.* — Voir Cass. Req., 1er décembre 1931, *R.S.*, 1932.20. *G.P.*, 32.1.163.

2. HOUPIN et BOSVIEUX, N° 1077. — LYON-CAEN et RENAULT, N° 825. — THALLER et PIC, N° 1206. — HAMEL, *R.S.*, 1923, p. 133 et 5.

que tel qu'au sein du conseil. C'est, au fond, ce que dit M. Hamel lui-même : « Si la situation de chacun des admi-« nistrateurs ne peut être extérieurement isolée de l'en-« semble, les actionnaires ou les tiers pourront les pour-« suivre tous, sans être tenus de prouver la faute de chacun », Il y a, en effet, une véritable présomption que l'administrateur n'agit en tant que tel qu'au sein du conseil, ou alors il n'est pas poursuivi comme administrateur, mais comme simple particulier. Donc, si une faute est reprochée à un administrateur, tous les administrateurs seront appelés à subir les conséquences de cette faute, car ils sont censés avoir accompli la faute avec lui, ou bien la lui avoir, fautivement, laissé accomplir : que la condamnation résulte d'une faute positive relevée à la charge du conseil ou d'un manquement à l'obligation de surveillance (voir plus haut chapitre II) elle sera toujours collective.

On a pu cependant soutenir que la responsabilité est en principe individuelle : ainsi on cite un arrêt de la Cour de cassation, en date du 3 décembre 1890[1]. Il suffit de le lire pour se rendre compte qu'il n'a guère de rapport avec cette question ; il s'agissait simplement de savoir si la responsabilité de l'administrateur poursuivi pouvait être supprimée, du fait que les actes incriminés avaient été commis par l'ensemble des administrateurs. La Cour de cassation a, évidemment, répondu par la négative. On cite un autre arrêt du 18 mars 1891[2]. Il s'agissait dans cette affaire, de savoir si le président du conseil pouvait être exonéré de la responsabilité encourue par le reste du conseil,

1. D., 91.1.117.
2. D., 91.1.401.

sous le prétexte qu'il n'avait pas participé à la faute, mais avait simplement gardé le silence. La Cour de cassation a considéré que le silence pouvait constituer une faute engageant la responsabilité de l'administrateur. Faut-il conclure de cet arrêt que la responsabilité est individuelle en principe ?

Nous croyons, bien au contraire, qu'une conclusion opposée s'impose : en effet le tribunal civil et, après lui, la Cour de Paris avaient décidé que le silence ne constituant pas une faute individuelle, la responsabilité du président ne pouvait être engagée. Or, c'est précisément contre une telle affirmation que s'élevait la Cour de cassation : pour elle une participation positive à la faute n'est pas nécessaire ; le seul fait de garder le silence, sans protester, entraîne la responsabilité.

C'est en ce sens qu'il faut interpréter la jurisprudence dite de « la faute commune et indivisible » dont l'origine ne remonte pas, comme on a pu le dire à tort, à l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 1896 [1] mais à une très vieille jurisprudence déjà connue de Pothier [2].

Il n'y a faute commune et indivisible que parce qu'il y a conseil c'est-à-dire : communauté d'action.

Mais la notion de faute commune et indivisible revêt ici une valeur toute particulière. Elle n'est indivisible, en quelque sorte qu'extérieurement : par suite les tiers ne sont pas obligés de diviser leurs poursuites, ni de renouveler l'administration de la preuve de la faute. Lorsque la décision incriminée aura été prise par le conseil, comment

1. *J.S.*,1896, p. 298.
2. Obligations N° 208. — Voir COLIN et CAPITANT, *Traité élémentaire du droit civil*, II, p. 173.

condamner les tiers à faire la preuve de la participation fautive de chacun à cette décision ?

Si la faute consiste en une omission, ce sera la logique même qui imposera une responsabilité collective : ici chaque administrateur devait se préoccuper de l'accomplissement de l'acte omis, alerter ses collègues, le président. D'une façon générale, qu'il s'agisse d'une violation de la loi, des statuts, d'un délit etc... on considérera jusqu'à preuve du contraire, que le fait dommageable est dû à une faute commune et indivisible.

Dans cette hypothèse une fois la faute prouvée, à la charge du conseil, le tiers n'aura plus à prouver qu'elle a été commise par la personne qu'il poursuit : étant administrateur, celle-ci répondra solidairement des fautes du conseil, sauf à apporter la preuve qu'elle n'y a pas participé.

Toute la difficulté porte — comme toujours en matière de responsabilité — sur la charge de la preuve : l'utilité de la théorie de la faute commune et indivisible est de mettre la preuve à la charge de l'administrateur.

Mais, ce qu'il faut souligner, c'est que, dans son application du droit commun, la théorie de la faute commune et indivisible, suppose que le tiers a apporté au préalable la preuve de la participation, de la personne poursuivie, au fait fautif accompli en commun.

Au contraire, en ce qui concerne le conseil, la jurisprudence semble décider qu'un administrateur, du seul fait qu'il est administrateur, est co-auteur : *la qualité juridique d'administrateur suppose la participation qui peut n'être que juridique.*

Supposons, en effet, que l'administrateur se trouvait

absent, lorsqu'a été prise la décision incriminée. Doit-il être condamné ? On suppose évidemment que la délibération a été régulière, notamment qu'il a été convoqué. Dans cette hypothèse il sera très certainement condamné avec ses collègues, car il a participé juridiquement à la faute du seul fait de sa qualité d'administrateur : ainsi en a-t-il été décité dans la célèbre affaire du « Manchon Hella »[1] : l'administrateur invoquait, pour s'exonérer de toute responsabilité sa présence continuelle à Londres pendant que se tenaient les délibérations fautives à Paris. Quelle base juridique donner à cette condamnation ? C'est l'obligation d'assister aux séances : s'il avait été là, l'administrateur eût pu empêcher la décision incriminée. Et dans cet arrêt, particulièrement, on assiste à ce paradoxe de voir condamner un administrateur absent pour une faute « commune et indivisible » ; c'est donc que la participation était non pas matérielle mais purement juridique.

La théorie de la faute commune et indivisible a été invoquée depuis longtemps[2] et récemment encore[3] ; elle apparaît quelquefois sous la forme de l'« ensemble indivisi- « ble de fautes » auquel cas l'indivisibilité porte sur le temps, non sur les administrateurs (voir notamment la célèbre affaire de la Banque de dépôts et d'Escompte. Seine, 27 mai 1895, *J.S.*, 1895, p. 451 et 19 décembre 1895, *J.S.*, 1896, p. 283 ; Cass., 31 mars 1896, *J.S.*, 1896, p. 298).

1. Cass., 23 février 1913, *J.S.*, 1915, p. 161.
2. Pour les arrêts déjà anciens, voir HOUPIN et BOSVIEUX, II, p. 258, note 1.
3. Voici quelques espèces récentes : Paris, 11 juillet 1931, *G.P.*, 31.2.610.— Paris, 29 novembre 1934, *G.P.*, 35.1.422. — Pau, 10 mai 1937, *R.S.*, 1937, p. 276. — Req., 22 décembre 1936, D.H., 1937, p. 68. — Colmar, 12 décembre 1936, *Rev. Als. Lorraine*, 1937, p. 88. — Cass. req., 3 février 1930, S., 30.1.728, note Lescot. — Nantes, 5 mai 1930, *Rec.* Nantes, 1930, p. 116. — Cass., 11 décembre 1929, *G.P.*, 1930.1.30 etc...

On voit parfois les décisions user d'une formule plus neuve telle que « la répartition de la responsabilité étant reconnue « impossible... »[1]. Mais la jurisprudence est fidèle à cette notion et surtout à la façon particulière dont elle l'applique ici au point de vue de la charge de la preuve.

b) Dans une deuxième série d'hypothèses, on ne se trouve plus en face d'un acte positif du conseil, de l'omission d'un acte imposé par la loi ou les statuts au conseil : la faute est reprochée à son mandataire, administrateur-délégué, directeur général, ou au mandataire de l'assemblée générale, directeur général par exemple. Dans ce cas la responsabilité collective du conseil ne pourra avoir pour base qu'un manquement à l'obligation préexistante de surveillance, et nous avons vu, précédemment (*supra*, chap. II) avec quelle rigueur la jurisprudence, en son dernier état, apprécie celle-ci. On retombera alors dans la première série d'hypothèses : le manquement à l'obligation de surveillance constitue-t-il une faute commune et indivisible ? La responsabilité encourue par le conseil a pu faire dire que la jurisprudence consacrait ici un cas de responsabilité sans faute. Certes il n'y a pas participation directe du conseil à la faute positive du mandataire, mais il y a faute par défaut de surveillance et ici il suffira que la participation soit juridique. Bien entendu l'obligation de surveillance ne sera pas la même — et c'est un point que nous n'avons pas signalé au cours de notre chapitre II, lorsque la personne à surveiller sera un directeur choisi par l'assemblée. On devra ici apprécier moins rigoureusement l'étendue de l'obligation. C'est exactement sur ce plan que

1. Cass., 3 décembre 1925, *R.S.*, 1926, p. 15.

s'est placé un arrêt de la Cour de cassation du 1er décembre 1931[1].

Corollaire I. — Lorsque l'acte générateur de responsabilité est accompli par le conseil, chaque administrateur doit, pour s'exonérer de toute responsabilité, prouver qu'il n'a pris aucune participation juridique à cet acte.

C'est la notion de conseil-entité qui explique la responsabilité collective du conseil. C'est donc seulement en se séparant *juridiquement* de cette entité que l'administrateur pourra s'exonérer de toute responsabilité Ainsi nous avons vu qu'un administrateur qui n'a pas participé à la décision incriminée peut très bien être déclaré responsable sur la base de la « participation juridique »[2].

Sa non-participation juridique pourra résulter : 1° d'un refus de se soumettre au droit de l'entité-conseil ; tout d'abord sa démission d'administrateur entraînera sa séparation juridique complète du conseil : la responsabilité ne lui sera pas étendue[3]. Seuls se posera la question du moment de la démission. Il est évident qu'une démission tardive ne pourrait qu'atténuer sa responsabilité, non la faire disparaître, à moins qu'elle n'ait été précédée des protestations nécessaires que nous allons examiner maintenant.

Voter contre la décision, avec inscription au procès-verbal de la délibération, sera-t-il suffisant ? Nous en doutons. Se ranger contre la majorité n'implique stricte-

1. D., 1933.1.89, note Hamel.
2. Voir espèce précitée : voir aussi Paris, 13 juillet 1892, *R.S.*, 1893, p. 223. LYON-CAEN et RENAULT, 42.825.
3. Lyon, 8 juin 1884. — Caen, 16 août 1864, D., 1865.11.192 et 157. — THALLER, N° 670. — THALLER et PIC, N° 1206. — HOUPIN et BOSVIEUX, II, p. 257.

ment qu'une divergence intellectuelle, non une protestation : le vote contraire est un acte de volonté qui n'a d'influence que sur la décision finale, mais est en soi une attitude normale. Pour qu'il ait des effets plus étendus il faut que l'administrateur le manifeste par une protestation formelle. Dans ce cas, l'administrateur fait toute autre chose que de se ranger dans la minorité : il s'oppose au conseil, il s'en sépare, il s'en « désolidarise ». Cet acte de volonté aura alors un sens bien déterminé, clair : celui de s'exonérer de toute responsabilité éventuelle. Les codes belges et italiens sont inspirés de cette conception. La jurisprudence française semble être en ce sens[1]. Il y a là, à notre avis, une des idées qui rendent le mieux compte de la force de la notion d'entité. Elle est si forte d'ailleurs que tous les auteurs conseillent cette manière de procéder.

2° D'un fait involontaire supprimant toute participation juridique à la cause du préjudice. Il y a, tout d'abord, la mort : il est curieux de constater que ce truisme ait pu faire l'objet d'un arrêt[2]. Plus fréquemment l'administrateur pourra invoquer toute cause légitime d'absence : maladie, voyage au loin pour le compte de la société ou pour toute autre cause légitime[3] à condition, évidemment, qu'il n'ait pas participé ensuite d'une manière quelconque à la faute, par exemple par une adhésion postérieure[4]. Mais le plus souvent l'administrateur sera mis au courant de la délibération incriminée par le registre des délibérations ou autrement. La seule connaissance suffira à l'en rendre

1. Paris, 1er août 1883, *J.S.*, 83.7.35. — Seine, 8 juin 1894, *R.S.*, 1894, p. 483.
2. Cass., 18 juillet 1895, *J.S.*, 1895, p. 433.
3. Lyon, 17 août 1865, S., 66.2.231. — Seine, 8 janvier 1886, *R.S.*, 1886, p. 166. — Paris, 15 janvier 1924, *Gaz. Soc.*, 1924, p. 146.
4. Cass., 28 février 1913, *J.S.*, 1915, p. 161.

responsable : par elle, en effet, il est replacé dans la situation d'un administrateur absent indûment, il a l'obligation personnelle, étant administrateur, de ne pas rester indifférent, de ne pas garder le silence, comme nous l'avons vu plus haut. Il n'y a alors qu'un moyen : s'adresser en quelque sorte au supérieur hiérarchique du conseil, à l'assemblée générale, et en attendant élever une protestation formelle : la connaissance, prouvée, crée l'obligation[1].

La rupture du lien juridique ainsi assurée entre l'administrateur isolé et le conseil peut avoir des conséquences considérables : ainsi, il a été jugé que, dès lors qu'un administrateur a donné sa démission, les actes reprochés au conseil et accomplis depuis son départ ne pourraient entraîner sa responsabilité que s'il est prouvé un rapport de causalité entre la gestion personnelle de cet administrateur et les fautes préjudiciables postérieures, alors même qu'il serait prouvé que les actes du conseil, également antérieurs, avaient effectivement engendré ce lien de causalité.

Telle nous est apparue cette jurisprudence, qui se cherche encore peut-être d'ailleurs, et qui tend à placer le caractère collectif de la responsabilité du conseil sur le terrain spécial, technique, du droit du conseil d'administration.

Corollaire II. — Lorsque l'acte générateur de responsabilité est accompli juridiquement hors du conseil, la responsabilité est individuelle.

La difficulté est de savoir précisément quand un acte est juridiquement accompli hors conseil.

1. Cass. req., 11 juillet 1870, S., 70.1.365. — Voir aussi : *R.S.*, 1915, p. 40, S., 96.1.309, HAMEL, *op. cit.*

Seront accomplies hors conseil, d'après les principes dégagés plus haut :

1° La décision prise au cours d'une délibération irrégulière : supposons par exemple qu'une partie seulement des administrateurs ait été convoquée. L'activité clandestine de cette fraction des administrateurs, constituât-elle la majorité, ne peut entraîner la responsabilité solidaire des administrateurs non convoqués (à moins d'une négligence caractérisée de leur part : exemple : absence de plusieurs mois sans motif). L'absence de convocation a, en effet, placé l'administrateur dans une position juridique très spéciale : le conseil n'a pu délibérer valablement, l'entité n'a pu fonctionner, et, suivant l'expression employée plus haut (voir *supra*, chap. IV) le « déplacement régulier de la majorité » n'a pu être assuré. Juridiquement le conseil n'ayant pas d'existence pour la délibération, il ne pourra être question d'une responsabilité collective du conseil, mais seulement de ceux qui ont été *en fait* (et non plus seulement en droit), les co-auteurs de la décision dommageable. Nous avons vu plus haut que la jurisprudence est en ce sens pour ce qui est de l'application de l'article 42 donc à *fortiori* pour celle de l'article 44. Mais, dans une situation pareille, un administrateur qui aurait lui, été convoqué et qui ne serait pas venu à la délibération clandestine sera-t-il regardé comme responsable de la décision prise en son absence ? D'après notre système il faut répondre : non — Nous ignorons si la question s'est quelquefois posée en jurisprudence.

De même une décision prise à la majorité par correspondance n'engagerait que l'administrateur qui aurait *en*

fait voté pour cette décision. Nous aurons à examiner le cas de celui qui aurait voté contre.

2° La faute génératrice de responsabilité qui ne doit pas constituer un manquement aux obligations préexistantes de surveillance et de contrôle. Il est évident que cette situation sera rare en raison de la façon rigoureuse dont la jurisprudence les apprécie ce sera le cas des manœuvres du mandataire substitué destinés à tromper la vigilance du conseil.

Il est évident que les deux conditions ci-dessus doivent toujours être réunies.

Nous allons maintenant essayer de distinguer la notion de responsabilité collective de celle de responsabilité solidaire.

II. — Responsabilité collective et responsabilité solidaire.

Si la loi de 1867 parle de solidarité dans ses article 42 et 44, la jurisprudence fait ici, de cette notion, une application singulière.

Tout d'abord, il ressort des explications précédentes que la responsabilité est collective, non solidaire, en ce sens qu'elle obéit à des règles telles que tantôt elle oblige en bloc administrateurs qui ont participé à la délibération incriminée et administrateurs qui n'y ont pas participé. (C'est la notion que nous avons appelée de « participation juridique » plus large que la participation matérielle) tantôt elle exclut de l'obligation tel administrateur présent à la décision dommageable, mais qui a protesté contre elle.

Nous insistons à dessein sur ce point, car nous voulons souligner cette idée que la responsabilité solidaire du conseil n'est pas automatique : le système jurisprudentiel est autrement plus souple : elle est seulement « collective », cette notion étant propre au conseil et fondée uniquement sur les principes qui régissent celui-ci.

Du reste, au point de vue de la technique de tous les arrêts intervenus en cette matière, on remarquera que si le *mot* de « solidarité » ou « solidaire » est souvent prononcé, les juges ne déduisent pas les conséquences que devrait entraîner l'application des articles 1197 et suiv. du Code civil, non plus que l'adage qu'en matière commerciale l'article 2102 ne s'applique pas. En doctrine nous avons vu souvent apparaître cette expression de responsabilité collective (Hamel, Lagarde, précités) prononcée.

En droit il n'est pas inutile de rappeler que la solidarité est ici si douteuse qu'elle est appelée « in solidum » en ce sens que les effets dits « secondaires » de la solidarité ne se produisent pas. Nous ne réveillerons point ici les échos de la querelle relative à la solidarité imparfaite. Bornons-nous à citer encore une fois les paroles de M. le Professeur Hamel, singulièrement caractéristiques en cette matière : « la res-« ponsabilité *in solidum* suffit à satisfaire les intérêts des « créanciers, tiers, ou actionnaires ; ... ne suffit-il pas... de « leur reconnaître le droit de réclamer à l'un des coupables « la totalité de la créance ? Ne serait-ce pas dépasser le « but poursuivi que de les autoiser à invoquer toute les « dispositions du Code civil relatives à la solidarité ?

Là enfin où il est particulièrement clair que la pensée profonde de la jurisprudence française n'est nullement

d'établir un cas de plus de solidarité, c'est lorsque l'on voit les tribunaux répartir inégalement entre les administrateurs la contribution à la condamnation. Pourtant les auteurs ne manquent pas de faire remarquer que cette pratique est contraire d'une part à la règle de la contribution par parts viriles entre co-auteurs responsables, d'autre part, lorsqu'elle est invoquée, à la théorie de la faute commune et indivisible[1]. Mais, saisissant la véritable intention des juges, M. Hamel justifie cette pratique en montrant que « les tiers ne peuvent connaître le détail des affaires intérieures du conseil » : c'est pour eux, c'est à leurs yeux que la faute est commune et indivisible, mais elle ne l'est et le plus souvent ne peut l'être en soi. Mais tout commande, au contraire, une juste répartition, proportionnée à la faute, à l'intérieur du conseil ; et son innocence à l'égard de ses collègues, rien ne sera plus facile à l'administrateur innocent que de la démontrer. Il serait injuste qu'il pût imposer cette démonstration aux tiers car leur droit est préférable au sien, mais les droits des administrateurs entre eux sont sur le même plan : aussi voit-on les tribunaux tenir compte, pour cette répartition de la part prise à la décision incriminée, de l'influence personnelle au sein du conseil, de la bonne foi, etc...[2] L'administrateur pourrait d'ailleurs être poursuivi seul pour le tout : il aura d'abord la faculté lui aussi, de se retourner contre ses collègues[3].

Un exemple montrera mieux à quels résultats mènerait

1. ARTHUYS, N° 557. — HOUPIN et BOSVIEUX, II, N° 1078. — THALLER et PIC, N° 1208.

2. Cass., 14 janvier 1898, *J.S.*, 1898, p. 300 ; 13 mars 1901, *J.S.*, 1901, p. 494. — Amiens, 6 février 1910, *R.S.*, 1911, p. 286. — Cf. WAHL, *J.S.*, 1902, p. 297.

3. Cass., 28 mars 1889, S., 90.1.9 ; 14 février 1898, précité.

une véritable solidarité. L'article 26 de la loi du 24 juillet 1867 dispose : « Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. « Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de « tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient « exclusivement personnels à l'un des administrateurs »... Voilà bien un cas où la responsabilité du conseil est solidaire, comme le décide la jurisprudence ; en revanche si elle peut être collective elle ne l'est pas par essence : l'acte d'un seul administrateur entraînera la solidarité réelle de tous, alors même que cet acte serait accompli en dehors du domaine de l'entité. L'idée de solidarité n'intéresse pas ici le conseil, elle intéresse les administrateurs. L'idée de responsabilité collective intéresse seul le conseil en tant qu'entité, mais n'intéresse pas l'administrateur pris isolément. L'article 26 est bien dans l'esprit de la loi du 24 juillet 1867.

La question de la responsabilité collective du conseil ainsi posée sur le terrain technique du droit du conseil d'administration, serait-il licite qu'une clause des statuts stipulât une dérogation à cette règle ? Oui, décide-t-on, dans la mesure où elle aurait effet entre les associés (car ceux-ci l'auraient accepté tacitement) non dans la mesure où elle s'imposerait aux tiers : ceci en ce qui concerne la responsabilité de l'article 44. Non dans tous les cas pour ce qui est de l'article 42. Nous reverrons cette question au cours des développements qui suivent : mais d'ores et déjà nous croyons que les statuts ne peuvent dans aucun cas exonérer le conseil du caractère collectif de leur solidarité, car il est étroitement lié aux principes fondamentaux qui

règlent le fonctionnement et les obligations de celui-ci[1].

En conclusion le caractère collectif de la responsabilité du conseil nous paraît une construction juridique particulièrement adéquate. On a pu proposer mainte fois de substituer à l'article 44 du texte imposant dans tous les cas la responsabilité solidaire du conseil. Nous croyons que ce texte marquerait, dans la technique du droit des sociétés, un déplorable mouvement en arrière.

Nous aurons, d'ailleurs, à examiner l'incidence de la loi du 16 novembre 1940 sur cette question.

1. Voir en sens contraire, HAMEL, *R.S.*, 1923, p. 153, quelque répugnance que nous ayons à nous séparer de l'opinion d'un maître.

Arrivés à ce point de notre étude, nous avons vu se développer, se préciser, se délimiter la notion d'entité. N'a-t-elle qu'une valeur didactique, insusceptible de conséquences juridiques ? Constitue-t-elle, au contraire, plus qu'un concept, une règle positive et, dans ce cas, faut-il lui assigner un rôle actif dans le domaine du droit qui était en vigueur jusqu'à la loi du 16 novembre 1940 ? Disons tout de suite que la notion d'entité paraît bien correspondre à un faisceau de règles juridiques propres, susceptibles d'une application positive. C'est ce que nous allons essayer de montrer enfin.

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, laconique sur la question de l'administration des sociétés anonymes — surtout si on le compare aux articles de la même loi qui fixent avec un grand luxe de détails le droit des assemblées générales — semble ouvrir aux parties, la plus grande liberté dans la rédaction des statuts ; c'est ce que Cordonnier exprime en ces termes : « Dès lors qu'elles ne sont pas « interdites par une disposition légale, et qu'elles ne sont « contraires ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, « toutes les stipulations ou causes arrêtées par les contrac- « tants d'un commun accord sont licites et lient ceux qui « ont adhéré »[1]. C'est poser là le principe de la liberté des conventions statutaires dans le cadre extrêmement large de l'article 22. Un examen de la jurisprudence montrerait, en effet, le grand rôle que joue en cette matière l'article 1134

1. *J.S.*, 1931, p. 523.

du Code civil. De fait, on voit fréquemment, les tribunaux fonder leurs décisions sur l'article 1134 du Code civil. Pour ne citer qu'un exemple, extrêmement évident de cette position, il suffira de rappeler un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 21 juillet 1891 [1] : se plaçant dans l'hypothèse, non pas de la rédaction des statuts, mais de la liberté des actes du conseil, il décide qu' « il importe peu que X..., « ait cumulé la fonction d'administrateur statutaire et de « directeur industriel... que cet emploi lui était garanti non « par la loi du 24 juillet 1867 mais par l'article 1134 Code « civil ». Il est exact qu'en l'absence d'un texte précis, la jurisprudence recherche les éléments de ses décisions dans la volonté des parties. Nous en avons vu des cas très nets dans les chapitres précédents et il nous suffira de renvoyer à une note de Cordonnier (D.P., 1938.1.93 s. Cass. req., 13 juin 1936) où sont cités de nombreux exemples de cette jurisprudence.

Mais, s'il ne peut s'agir de nier le rôle imparti en cette matière à l'article 1134, il convient de préciser que le droit du conseil d'administration, considéré comme une entité, ne peut se comprendre si l'on se borne à faire appel d'une part aux termes de l'article 22 de la loi de 1867, d'autre part au principe de l'autonomie de la volonté.

Quelle place, en effet, assignerait-on alors à la notion d'entité ? Essayons de délimiter le domaine de l'article 1134 et celui de la notion d'entité.

1° Principe de la liberté : Domaine de l'autonomie de la volonté.

1. D.P., 93.2.164.

Les fondateurs des sociétés anonymes ont, généralement, recours, pour la rédaction des statuts, à des formules type. Mais on peut très bien concevoir, et il arrive parfois, qu'ils choisissent un mode d'administration exceptionnel. Pourvu que l'article 22 de la loi de 1867 soit respecté, il est bien vrai que toutes les stipulations seront licites (sauf les restrictions que nous verrons plus loin). Ainsi ils pourront confier l'administration de la société anonyme aussi bien à un administrateur unique qu'à un conseil d'administration, qu'à plusieurs administrateurs entre lesquels les pouvoirs de l'administration seraient répartis et qui agiraient individuellement. En effet, la notion d'entité n'est pas obligatoire ; il ne pourrait venir à la pensée de personne que les rédacteurs des statuts soient enfermés dans l'alternative administrateur unique ou conseil d'administration.

Le rôle de la libre volonté consistera, précisément, à choisir le mode d'administration.

2° Domaine de la notion d'entité.

Mais cette vue est quelque peu théorique. En fait, la pratique tout d'abord a donné une réalité à cette dernière alternative et l'on ne voyait guère de sociétés choisir une solution intermédiaire. Les clauses statutaires ne varient guère avec les sociétés et ce n'est qu'exceptionnellement, d'ailleurs, que l'on voit les notaires choisir la formule de l'administrateur unique. Si bien que la notion de conseil d'administration est étroitement liée à celle de société anonyme : la répétition de clauses, après avoir engendré « *l'opinio generalis* » n'a-t-elle pas engendré le droit ? Nous avons vu qu'on aurait pu le croire lorsque le législateur a introduit l'expression de conseil d'administration de façon

incidente dans l'article 34 de la loi de 1867. A cet état de choses, résultant de la constante répétition des mêmes clauses, la jurisprudence est venue apporter le poids de sa faveur : « la jurisprudence est chez nous à l'époque moderne, « la seule occasion vraiment féconde, en tout cas plus fré- « quente de la formation d'une coutume juridique, prin- « cipalement d'une coutume générale. En effet, une fois « établie sur un point donné, la jurisprudence, à raison de « son autorité incontestable, tout au moins en fait, grâce « aussi à la continuité et la cohésion de nos traditions extra « judiciaires (pratique notariale surtout), détermine fré- « quemment des pratiques en harmonie avec ces tendances.. « Dans ces conditions et lorsque les pratiques ainsi suggérées « se sont enracinées par un long usage, nous avons tous les « caractères d'une vraie coutume juridique... dont la juris- « prudence se trouve être le point de départ de la déter- « minente essentielle. Et dès lors je ne vois pas comment « nous pourrions refuser de reconnaître ici une règle de « droit vraiment obligatoire comme issue de cette source « formelle, la coutume »[1]. Le phénomène décrit ici par le doyen Gény est bien celui qui a présidé à la formation de la notion d'entité : si les notaires, en effet, ont généralement compris l'administration de la société anonyme sous une forme collégiale, il faut bien reconnaître que leur œuvre constructive eût été réduite à néant si la jurisprudence ne l'avait pas accueillie avec la plus grande faveur.

Mais est-ce à dire que la notion d'entité a la valeur d'une coutume comme pourrait le faire croire le passage de Gény

1. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, p. 436.

que nous venons de citer ? Si l'on relit avec attention ce passage on s'aperçoit que, dans la pensée de Gény, avant de devenir une coutume, le faisceau de droit accepté par la jurisprudence constitue tout d'abord un usage. Si la notion d'entité avait eu la valeur d'une coutume, elle eût tout d'abord été assortie d'un caractère obligatoire : or, il n'en était rien, d'une part en raison de l'article 22 de la loi de 1867 qui ne cessait pas d'autoriser la pratique de l'administrateur unique, d'autre part, en raison du principe de l'autonomie de la volonté affirmée en cette matière par la jurisprudence.

En revanche la notion d'entité apparaît comme un usage fondé sur la répétition des mêmes clauses statutaires. C'est précisément ce que Cordonnier a signalé dans son article précité[1] en ce qui concerne le mode de vote au sein du conseil. L'usage apparaît alors comme une convention tacite à laquelle les parties sont censées s'être référé dans le silence des statuts. Dans cette hypothèse il faut supposer que les statuts se bornaient à désigner plusieurs administrateurs sans autrement indiquer leur mode d'action administrative. Nous avons vu que, dans ce cas, l'article 1857 Code civil était inapplicable, précisément en raison de l'existence de la notion d'entité en tant qu'usage.

Nous avons décrit le contenu de cette convention tacite. Dans le silence des statuts il semble que, jusqu'à la loi du 24 juillet 1867, l'usage établi avait pour effet l'adoption globale de cette convention.

C'est ainsi que par application de l'article 1873 Code civil

1. *J.S.*, 1931, p. 513.

nous avons du écarter, en matière de société anonyme, l'application de certains textes du livre III, titre IX du Code civil, tel par exemple celle de l'article 1857. De même l'usage établi en matière d'administration de la société anonyme peut entraîner dérogation à certaines règles du mandat, comme nous en avons eu quelques exemples (interdiction des délégations générales, etc...) au cours des chapitres précédents.

Mais en jurisprudence il faut souligner plus particulièrement que l'usage établi constituait en quelque sorte un tout irréductible, en ce que les parties ne pouvaient, semble-t-il, adopter tels éléments de la convention tacite, et en rejeter certains autres. C'est que la construction intellectuelle lentement élaborée, de la notion d'entité, constituait un tout harmonieux dont il n'était pas possible de détacher certains éléments sans que cette construction perdît du même coup son sens.

Tout d'abord, nous avons pu dégager certains principes, qui n'ont pas en eux-mêmes un caractère essentiel dans la notion d'entité. C'est ainsi que, tout en adoptant le conseil d'administration comme organe social, la pratique semblait pouvoir rejeter certains de ces éléments secondaires. (Ex : règles destinées à faciliter le fonctionnement du conseil). Mais d'une façon générale les règles dégagées plus haut se rattachent à l'idée du fonctionnement du conseil en tant qu'entité distincte de ses membres, de caractère purement social, intégrée dans la hiérarchie de la société commandée par le principe majoritaire et caractérisée par une responsabilité collective. On ne peut concevoir que les statuts affranchissent le conseil de l'obligation de réunion obligatoire, de

celle de la convocation obligatoire, etc... car toutes ces notions sont la condition du fonctionnement régulier de la société et la garantie tant des intérêts sociaux que des intérêts des administrateurs.

D'une façon générale, en doctrine et en jurisprudence, comme nous l'avons montré maintes fois au cours des chapitres précédents, il était admis que les divers éléments de la notion d'entité constituaient bien une véritable institution que, certes, les parties étaient libres d'adopter ou de rejeter, mais qu'elles ne pouvaient adopter et rejeter qu'en bloc.

Et c'est là le caractère dominant de l'usage : il constitue un corps de principes élaboré par la pratique et dont les divers éléments sont inséparables les uns des autres.

Si telle nous est apparue la notion d'entité, il nous reste maintenant à nous demander si elle a atteint avant la loi du 16 novembre 1940 son plein développement. En réalité elle n'est ni absolue, ni exclusive.

Et tout d'abord elle n'est pas absolue : il existe un droit de l'administrateur pris individuellement. C'est un statut indépendant du point de savoir si l'administrateur fait, ou non, partie d'un conseil : sa nomination, sa révocation, son statut pénal sont parfaitement individuels. Lorsqu'il entre à l'assemblée générale on ne se demande pas s'il fait partie ou non du conseil : il peut être révoqué, ou maintenu seul. Il y a là tout un faisceau de règles qui se rattachent à l'esprit individualiste de la loi du 24 juillet 1867.

Elle n'est pas non plus exclusive : ainsi il n'y a pas entre le conseil d'administration et les autres organes de la société

(si l'on met à part les commissaires aux comptes) de cloison étanche. Dans l'assemblée générale, tout d'abord, la conduite de l'administrateur n'est pas nécessairement celle du conseil et rien n'empêche que, juridiquement, un administrateur vote en conscience contre le conseil dont il fait partie : il le fera d'ailleurs lorsqu'il s'est désolidarisé de lui par une protestation. L'administrateur pourra exercer des fonctions de direction, être employé, être conseil de la société. La jurisprudence a fait à la question des cumuls de fonctions un sort somme toute favorable.

DEUXIÈME PARTIE

La notion d'entité depuis la loi du 16 novembre 1940, règle légale impérative.

INTRODUCTION

La loi du 16 novembre 1940 est le résultat d'une longue évolution. Depuis longtemps la révision du droit du conseil d'administration faisait partie du programme de la réforme des sociétés anonymes. Dans son discours de rentrée du Tribunal de commerce de la Seine, en 1935, M. Piketty s'écriait : « On ne doit pas admettre l'administrateur « unique » et s'étendait sur les abus de ces sociétés anonymes qui n'ont été créées que pour aboutir à une commode séparation des patrimoines.

De fait, le 18 janvier 1935 le Sénat avait discuté un « Projet de loi du gouvernement tendant à modifier la loi « du 24 juillet 1867 en ce qui concerne la responsabilité « civile et pénale des administrateurs »[1]. Or, ce projet de loi dépassait largement le cadre de son titre : en réalité il s'agissait d'une réglementation complète, parfois minutieuse, du conseil d'administration.

Si l'article 1er, alinéa 1, décidait, reprenant en somme les termes de l'article 22, quoique avec plus de précision : « les « sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs « mandataires associés salariés, ou gratuits, nommés par « l'assemblée générale des actionnaires, révocables à tout « moment, sans indemnité », du moins l'alinéa 2 venait

1. *J.S.*, 1936, p. 178.

donner une valeur légale à la notion de conseil en disposant : « les administrateurs constituent le conseil d'administration ».

Il est intéressant de noter que la même loi organisait la direction, entérinant les errements de la pratique. Ainsi l'alinéa 3 obligeait le conseil à nommer soit un administrateur délégué, soit un comité de direction. Ce projet de loi s'inspirait donc des mêmes principes que plus tard, la loi du 16 novembre 1940, en distinguant le conseil de la direction : elle était principalement imitée de la loi allemande, le conseil d'administration devant être rapidement — surtout en face d'un comité de direction — réduit au rôle d'un simple organe de surveillance. Mais l'idée n'était point poussée jusqu'à ses extrêmes conséquences puisque :

— d'une part le comité était principalement composé d'administrateurs, d'où absence de séparation ; le comité pouvait même se confondre avec le conseil ;

— d'autre part, il n'était obligatoire que si le conseil comprenait au moins 7 membres.

— enfin ce projet établissait une sorte d'interpénétration entre les différents organes sociaux, en autorisant les directeurs a assister et à prendre part, dans certains cas, définis, aux délibérations du conseil d'administration.

Mais la partie la plus intéressante de ce projet est certainement constituée, à nos yeux par son article 1er *in fine*, et par l'article 2 dont la tendance organisatrice s'inspirait clairement de la notion d'entité.

Tout d'abord l'article 1er *in fine* venait donner au registre des délibérations une existence légale : « le conseil « d'administration et le comité de direction, décide-t-il,

« doivent inscrire chacun sur un registre coté, sans blanc « ni interligne, les procès-verbaux de leurs délibérations ».

Ainsi le registre des délibérations prenait-il rang parmi les livres de commerce. Le même texte donnait le droit à l'administrateur opposant de se « désolidariser » du conseil il décide en effet : « chaque administrateur ou membre du « conseil qui se sera opposé à une décision de la majorité, « aura le droit de faire mentionner au procès-verbal son « opposition et ses motifs ».

Dans l'organisation du bureau, le projet de loi donnait une place légale nouvelle au président du conseil : ainsi était-il membre de droit du comité de direction, devait-il signer les procès-verbaux des délibérations, enfin au début de chaque séance il devait lire le procès-verbal de la séance précédente : si cette communication avait suscité des observations, celles-ci devaient également être inscrites au registre des délibérations.

L'article 2, de son côté, avait pour objet de modifier l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 : la conception qui présidait au projet de réforme mérite que l'on s'y arrête car — ainsi que nous l'avons dégagé au cours du chapitre V de la première partie — il créait non point exactement une responsabilité solidaire, mais bien plutôt ce que nous avons appelé une responsabilité collective : en effet, la responsabilité du conseil frappait tous les administrateurs, mais non point ceux qui avaient réellement pris part au fait incriminé, mais tous ceux qui avaient pris une « participation juridique » à ce fait. L'alinéa 2 décide, en effet : « Toute « décision du conseil d'administration est considérée comme « imputable à chacun des administrateurs à moins qu'il ne

« s'y soit opposé et n'ait fait consigner son opposition sur « le registre des procès-verbaux visé à l'article 22 ci-dessus ». On voit que ce texte ne prononce pas le mot de « solidarité » ni « solidaire » ; d'autre part il établit pour chaque administrateur un seul moyen de se « désolidariser » juridiquement du conseil : la protestation formelle accompagnée de l'inscription au registre des procès-verbaux. Donc, le simple vote contraire n'aurait pas suffit à exonérer l'administrateur de la responsabilité collective, car le vote contraire est l'activité normale de chaque administrateur, et son exercice ne suffit pas à le séparer de l'entité conseil.

Le même article 2, continue à lier la notion de responsabilité à celle d'entité : l'alinéa suivant poursuit en effet : « Lorsqu'un administrateur n'a pas assisté à une délibé- « ration du conseil d'administration, extrait du procès- « verbal doit lui être adressé par lettre recommandée. Les « décisions rapportées dans le procès-verbal sont consi- « dérées comme étant personnellement imputables à cet « administrateur, à moins que, dans les 15 jours de la « réception de la lettre, il n'ait adressé au président du « conseil par lettre recommandée, une déclaration motivée « portant qu'il n'entend pas approuver la décision prise »... « le président du conseil d'administration doit faire ins- « crire les lettre au registre des procès-verbaux et en donner « lecture à la séance suivante ». Ce texte montre bien que le droit de la responsabilité des administrateurs était, dans l'esprit des rédacteurs du projet de loi, lié au fonctionnement du conseil-entité : ici aussi c'est l'illustration de la notion de participation juridique.

Enfin le projet donnait une valeur légale aux obligations

de surveillance et de contrôle que nous avons fait ressortir au cours du chapitre II : « Le conseil d'administration et « chacun des administrateurs, personnellement, sont tenus « d'exercer une surveillance sur l'activité du comité de « direction et la gestion de la société ; chacun des adminis- « trateurs a le droit d'obtenir tous renseignements qui « peuvent matériellement lui être fournis sur cette activité « et cette gestion et exercer tout contrôle qu'il juge lui « être nécessaire ».

Finalement le projet fut repoussé par la Haute assemblée.

Une nouvelle proposition de loi, présentée par le sénateur Bender, précédée d'un rapport établi par M. le sénateur Lesaché fut discutée par le sénat le 12 mars 1936. Le rapport de M. le sénateur Lesaché résumait les critiques les plus couramment élevées à cette époque contre la société anonyme ; les plus caractéristiques et les plus violentes étaient dirigées contre la pratique des administrateurs uniques ; d'autre part, il s'attaquait au montant élevé des tantièmes touchés par les administrateurs, et à la forme parfois détournée sous laquelle ils étaient attribués. Enfin le rapporteur dénonçait les conseils d'administration pléthoriques d'une part, et, d'autre part, le cumul par un seul administrateur d'un grand nombre de sièges : aussi la proposition de loi fixait-elle le nombre maximum des administrateurs à dix et limitait-elle le montant des sièges dont pouvait être titulaire un seul administrateur.

Mais la réforme la plus remarquable résidait dans le paragraphe V de l'article 22 nouveau, ainsi conçu : « les « administrateurs élisent parmi eux un président qui convo- « que et préside le conseil d'administration, qui assure

« l'exécution des décisions du conseil et de la bonne gestion « des affaires sociales, et qui, à défaut d'une délégation « spéciale donnée à une autre personne, représente la « société dans les actes civils ou judiciaires ».

Ici aussi la notion du conseil d'administration prenait une valeur légale et un caractère organique : le président élu obligatoirement, prenait dans la société une importance autrement plus grande que dans la loi de 1867 (et allait même plus loin que la loi du 16 novembre 1940 dans la voie du rôle donné au président avec cette différence, toutefois, que le conseil ou les statuts pouvaient organiser autrement la direction). Mais, d'une façon générale, ce projet était infiniment moins complet et aussi plus audacieux que le projet du gouvernement analysé précédemment : il fut repoussé comme lui.

Aucun des décrets-lois de 1937 n'est relatif au droit du conseil d'administration. La guerre de 1939 amena le législateur à donner aux administrateurs des pouvoirs exceptionnels : c'est ainsi que l'article 17 d'un décret-loi du 29 novembre 1939 autorisa les administrateurs à transférer le siège social : ces mesures n'avaient qu'une valeur transitoire.

Après la loi du 18 septembre 1940 — aujourd'hui abrogée — la loi du 16 novembre 1940, enfin promulguée, porte réforme du droit des sociétés. Nous ne nous arrêterons ni à critiquer la technique législative, ni à relever ses nombreuses imperfections terminologiques, ni à souligner ses insuffisances.

Mais si la réforme est profonde sur certains points, par

exemple quant au rôle désormais conféré au président du Conseil d'administration, du moins en ce qui concerne le conseil d'administration, la surprise n'a pas été grande : c'est que la loi nouvelle fait tout naturellement suite à l'usage établi ; sur ce point il y a peut-être réforme de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, mais ce texte était singulièrement vieilli ; comme nous l'avons montré son esprit n'inspirait plus la pratique depuis longtemps : la plupart des sociétés étaient pourvues d'un conseil d'administration dont le fonctionnement, la place dans la société, la responsabilité collective étaient régis par les principes dégagés plus haut. En somme. la loi du 16 novembre 1940 pourrait être comparée, en ce qui concerne le droit du conseil d'administration, à une de ces lois qui se bornent à adopter un usage : ainsi la loi du 13 juin 1866 sur les usages commerciaux, ainsi celle du 17 mars 1909 généralisant à la France tout entière l'usage parisien de la publicité des ventes de fonds de commerce[1].

A l'alternative laissée auparavant à la volonté des parties entre la gestion sociale confiée à un unique représentant et l'administration, remise aux mains d'un conseil, la loi du 16 novembre 1940 a donc pour effet de substituer une règle légale impérative ; le conseil est obligatoire.

Mais il nous reste à savoir dans quelle mesure cet usage est adopté : si la loi n'en n'a pas étendu le domaine en bien des points, si elle ne l'a pas restreint sur d'autres.

C'est ce problème que nous étudierons maintenant au cours de trois chapitres distincts.

Un premier chapitre intitulé « adoption de la notion

1. Escarra, *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97.

d'entité » s'attachera à déterminer les conséquences de la valeur dévenue légale de cette notion.

Au cours d'un deuxième chapitre « caractère exclusif de la « notion d'entité », nous nous attacherons à faire ressortir que désormais l'entité conseil d'administration est limitée, en tant qu'organe social, et indépendante des autres organes sociaux.

Enfin, le troisième chapitre intitulé : « Incidences de « l'économie générale de la loi du 16 novembre 1940 sur « la notion d'entité » aura pour but de mettre en lumière en quoi les éléments nouveaux de la loi récente, étrangers à la notion du conseil d'administration, peuvent cependant venir altérer la pureté première de cette notion.

CHAPITRE PREMIER

ADOPTION DE LA NOTION D'ENTITÉ

I. — Caractère obligatoire de l'entité. Prohibition de l'administrateur unique.

Le conseil d'administration devient donc aujourd'hui l'organe d'administration obligé de la société anonyme. Comme le dit M. Bosvieux[1] : « A la différence de l'article 22 « de la loi de 1867, qui permettait la nomination d'un seul « administrateur, la loi nouvelle exige la création d'un « conseil d'administration, entité juridique sans personna- « lité civile, mais qui n'en est pas moins distincte des indi- « vidus ou sociétés dont elle se compose ». La loi est, en effet, formelle : « La société est administrée par un conseil « de trois membres au moins et de douze au plus »; la précision de ces termes doit faire rejeter toute hésitation[2]; certains auteurs[3] ont alors critiqué cette disposition : comment une loi qui tend à « concentrer dans les mêmes « mains la direction financière... industrielle et commer- « ciale... de la société » a-t-elle pu, sans manquer à la

1. *Journal des Notaires*, 5 décembre 1940, p. 819.
2. Michel, *Commentaire sur la loi du 18 septembre 1940*, p. 2.
3. *Ibid.*, Bastian, *La réforme des sociétés anonymes par les lois du 18 septembre et du 16 novembre 1940.* — *Rép. Commaille*, décembre 1940, p. 197.— Bosvieux, *op. cit.*, p. 820, n. 6.

logique la plus élémentaire, supprimer l'administrateur unique ? Or, si la considération que l'administrateur unique rend de grands services dans de nombreuses sociétés anonymes n'est pas dénuée de valeur, en revanche, il semble que ce soit méconnaître l'esprit même de la loi du 16 novembre 1940 que de la taxer, sur ce point d'illogisme. En effet on peut se demander si cette loi a bien voulu concentrer tous les pouvoirs entre les mains du président, car non seulement elle n'a précisé nulle part la question des pouvoirs de celui-ci, non seulement elle a admis la dualité du président et du directeur général, mais encore elle a voulu, à notre sens, renforcer la notion même de conseil d'administration. Une société administrée par une seule personne n'avait plus que le nom de société anonyme, non seulement parce qu'en fait elle n'avait le plus souvent été créée que pour servir de façade à l'isolement d'une fraction du patrimoine d'une seule personne, opération destinée à assurer celle-ci contre les dangers de la faillite, ou encore dans un dessein d'économie fiscale, mais encore parce que, même juridiquement, l'organisation sociale était réellement dénaturée : l'assemblée, le conseil, la direction, tout cela s'exprimait en une seule personne : le plus fort pour ne pas dire l'unique actionnaire. En réalité la création obligatoire d'un conseil fera hésiter beaucoup de personnes à « mettre en société anonyme » leur affaire personnelle et, de ce fait, à s'abriter sous l'anonymat. Un auteur[1] a eu l'idée de diviser les sociétés anonymes en deux grandes catégories : la grande société anonyme (dont le droit comme le fait se rapproche

1. LACHMANN, *De la transformation de la société anonyme moderne et de ses effets sur son organisation intérieure*, thèse, Grenoble, 1936.

de la personne morale de droit public et la petite société anonyme, qui n'a rien de commun avec elle et qui se rapproche qu'on le veuille ou non de la société en nom collectif, il y a là une simple approximation (encore que la jurisprudence française ne l'ait pas absolument ignorée, en condamnant certains administrateurs uniques au paiement du passif social) qui a plus de valeur dans le domaine économique que dans le domaine juridique ; la loi allemande l'a consacré dans une certaine mesure en faisant varier le nombre maximum des administrateurs avec l'importance du capital social.

On peut se demander si la loi française ne tend pas à se montrer, aujourd'hui, peu favorable à la « petite société anonyme ». De fait, beaucoup de petites sociétés anonymes se sont transformées en sociétés à responsabilité limitée plutôt que de confier la gestion au contrôle et à la surveillance d'un conseil, ce qui montre bien que, jusqu'ici, les sociétés n'avaient d'anonymes que les avantages, non les obligations (d'organisation sociale notamment).

La suppression de l'administrateur unique nous apparaît comme le désir du législateur, plus encore peut-être que de lutter contre les sociétés de famille, d'attribuer à toutes les sociétés anonymes une structure uniforme. Le droit du conseil est inséparable de l'organisation sociale toute entière : or, si le législateur moderne tend à organiser trois pouvoirs dans la société : Assemblée, conseil, direction, il faut bien que ces pouvoirs se différencient entre eux. Voilà, nous semble-t-il, la véritable logique de la loi, voilà ce qui rend peut-être le mieux compte de la suppression de l'administrateur unique, voilà ce qui nous sera, plus loin, la meil-

leure explication de l'interdiction des cumuls des fonctions d'administrateur et de direction.

C'est que le conseil apparaît bien comme l'entité que nous avons décrite plus haut. Pour constituer ce conseil, les administrateurs devront être au nombre de trois, au moins ; pour délibérer utilement, éviter les conseils pléthoriques, ils ne pourront être plus de douze (sauf à tenir compte des mesures transitoires concernant les prosonniers de guerre, pour lesquelles nous nous contenterons de renvoyer à l'article 1er de la loi du 16 novembre 1940).

On a fait observer qu'il eût été plus rationnel de « faire « varier le nombre maximum des administrateurs en fonc- « tion du capital social de manière à faciliter aux sociétés « de vaste envergure (spécialement aux sociétés à caractère « régional ou professionnel) la représentation en conseil « des divers groupes d'actionnaires en présence »[1]. C'est la solution allemande qui a pour elle le grand avantage de la souplesse (art. 86 de la loi du 30 janvier 1934 sur les sociétés par actions et les sociétés en commandite par actions) : « Le nombre maximum des membres du conseil de surveil- « lance est de :

« sept si le capital social ne dépasse pas R.M. 3.000.000
« douze si le capital social dépasse R.M. 3.000.000
« vingt si le capital social dépasse R.M. 20.000.000

« Le ministre de l'Empire à l'économie nationale, d'accord « avec le ministre de l'Empire à la justice et les autres « ministres de l'Empire intéressés, peut admettre des « exceptions si c'est pour le bien de la société ou dans « l'intérêt de l'Economie nationale ».

1. Bosvieux, *ibid*, p. 820.

La question la plus délicate posée par l'article 1er de la loi du 16 novembre 1940 sera la réduction du nombre d'administrateurs au maximum légal. Dans le cas où aucun des administrateurs ne consentira à abandonner son mandat, comment devra être résolu le problème ?

L'article 5, alinéa 3 décide : « Les conseils d'administra-« tion auront pouvoir pour procéder aux modifications « nécessaires ». Cette phrase est évidemment sybilline, car comment en droit les administrateurs pourraient-ils révoquer certains de leurs collègues, chacun ayant un droit égal à la conservation de son siège ? Une première méthode consistera à établir une règle qui permettra une élimination automatique : ainsi l'âge des administrateurs, leur ancienneté, etc... Mais on sent combien l'établissement d'une telle règle se ferait sur la base de considérations personnelles. Un autre procédé pourrait être le tirage au sort : personne ne pourrait s'en plaindre... sauf la société elle-même, au cas où les administrateurs les plus compétents seraient évincés par le sort ; c'est ce qui rendrait cette méthode impraticable. La question pourrait devenir aiguë au cas où l'assemblée générale extraordinaire aurait refusé de ratifier la décision prise par le conseil : dans ce cas les administrateurs évincés à tort pourraient-ils se plaindre ? Nous croyons qu'il faut s'en tenir aux termes de la loi : elle confère un pouvoir exceptionnel aux administrateurs et, par suite, ils ne pourraient être tenus pour responsables de l'éviction non ratifiée par l'assemblée générale que dans le cas où une faute pourrait être prouvée à leur charge ; notamment ils n'avaient pas à justifier leur décision. La question doit, à notre sens, être placée sur le terrain de

l'article 1382 Code civil. En tout cas la décision constituerait une décision du conseil entraînant éventuellement sa responsabilité « collective ».

Un auteur a suggéré[1] de faire trancher la question par voie d'arbitrage : dans ce cas tous les administrateurs remettraient leur démission conditionnelle. Mais en pratique ce procédé ne sera guère employé ; s'il y a vraiment des divergences sur le principe de l'élimination des administrateurs, le conflit se produira aussi quand il s'agira de désigner l'arbitre. Pour cette raison nous nous en tiendrons à la simple décision à la majorité, solution conforme aux termes de la loi nouvelle[2].

II. — Principe de l'adoption de l'usage antérieur : La délibération ; le président.

De ce que le conseil d'administration constitue désormais obligatoirement cette entité dont nous avons dégagé les principes, devons-nous en conclure que ceux-ci doivent être appliqués rigoureusement ?

Il apparaît tout d'abord que les décisions ne pourront être prises que par le « conseil » se comportant comme tel. Par suite la délibération semble être devenue obligatoire : la loi a voulu qu'il y ait un conseil, non une simple réunion d'administrateurs. Aussi croyons-nous que la pratique antérieure, suivant laquelle les administrateurs pouvaient tous adhérer matériellement, et parfois successivement aux actes passés au nom de la société, ne serait plus régu-

1. MICHEL. *Commentaire de la loi du 18 septembre 1940*, p. 8.
2. CORDONNIER, *Commentaire de la loi du 16 novrmbre 1940. — Recueil critique Dalloz*, 1er cahier 1941. — Législation, p. 1.

lière : en effet, nous ne l'avons admis précédemment que par dérogation à la notion d'entité: or, la loi du 16 novembre 1940 semble exiger désormais le mode d'action exclusif en conseil. Il y a donc lieu de lui appliquer les règles dégagées au cours du chapitre IV de la première partie, dans la mesure où ces règles sont conditionnées par le principe majoritaire. Or, l'adhésion de tous les administrateurs à l'acte passé au nom de la société ne nécessite pas la délibération : la décision n'est obtenue que par l'unanimité, sous délibération préalable et en dehors de tout vote ; admettre ce mode d'action serait dès le début écarter l'application de l'article 1er de la loi du 16 novembre 1940.

De ce que l'action se fera en conseil il faut décider que :

1° Le conseil ne pourra délibérer que si tous ses membres sont en possession de leur mandat d'administrateurs et à condition qu'ils aient tous été convoqués.

2° La délibération devra être effective, prise au cours d'une réunion, chaque administrateur étant présent personnellement (sauf les réserves faites au chapitre IV de la première partie), et aux conditions de quorum requises. Sur ce dernier point une difficulté pourra s'élever : le quorum pourra-t-il être, statutairement inférieur au minimum légal de trois ? La question pourra se poser pour un conseil composé de trois administrateurs. Il ne semble pas que la loi du 16 novembre 1940 se préoccupe en son article 1er de la notion de quorum. Ce qui compte c'est seulement le nombre statutaire des administrateurs. Cependant on ne pourrait accepter que le quorum fût réduit à un, car ce pourrait être un moyen, en pratique, de tourner la prohibition légale de l'administrateur unique.

Mais puisque la loi, par faveur pour les prisonniers, les maintient obligatoirement en fonctions pendant toute leur captivité et jusqu'à la prochaine assemblée générale qui suivra la libération du dernier d'entre eux, comment se calculera le quorum ? Deux cas sont à envisager à notre avis :

— ou bien le conseil, compte tenu des prisonniers absents, se compose au maximum de douze membres. Dans cette hypothèse, la loi, favorable également à la société, permet que le nombre maximum d'administrateurs prévu aux statuts dans les limites du paragraphe précédent, soit augmenté provisoirement d'un nombre égal à celui des administrateurs prisonniers de guerre. Ici, en somme, la loi assure la composition effective du conseil, tout en se bornant à protéger les administrateurs en captivité. Mais, juridiquement, ils ne font plus partie du conseil pendant la durée de celle-ci, tout au moins au point du droit de cette entité : ainsi ils ne « participent plus juridiquement » à celui-ci et ne sont pas frappés par la responsabilité « collective » éventuelle que peut encourir le conseil. Certes, ils continuent à toucher leurs tantièmes, mais le tantième est attaché, comme nous l'avons vu précédemment (Partie I, chap. II), à la fonction individuelle d'administrateur, non à la participation de celui-ci aux délibérations ; aussi lorsque ceux-ci seront accordés statutairement en raison de cette participation (le plus souvent sous le nom de jetons de présence) il n'en sera pas attribué aux administrateurs prisonniers.

— ou bien les administrateurs prisonniers seront plus de douze. Dans cette hypothèse le quorum pourrait dépasser

ce chiffre : il faut alors décider que la loi n'a pas voulu être plus défavorable à la société que dans l'hypothèse précédente. Le conseil pourra lors se réunir avec un quorum inférieur au quorum statutaire, pourvu qu'il soit au moins égal au nombre des administrateurs non prisonniers, soient en définitive douze[1].

Au demeurant la notion de quorum n'avait de sens légal jusqu'ici qu'en ce qui concerne les assemblées générales. Or, il semble que la loi du 16 novembre 1940 introduise cette notion dans le droit du conseil d'administration : en effet l'alinéa 4 de son article 5 dispose : « S'ils ne peuvent réunir « le quorum, leurs décisions devront être soumises à l'homo- « logation du président du Tribunal de commerce... ». La construction de la phrase, sa place dans l'article 5 semble bien indiquer qu'il s'agit du quorum statutaire du conseil d'administration ; encore que la loi soit assez mal rédigée, les commentateurs de la loi ont généralement accepté cette interprétation[2].

Plus délicate, sera la question de savoir si, en l'absence d'une clause spéciale des statuts prévoyant le cas, un conseil d'administration comptant statutairement trois membres et réduit par suite d'une démission ou d'un décès à deux, pourrait se compléter provisoirement pour satisfaire à la disposition de l'article 1er. Nous ne le croyons pas car, même avant la loi de 1940, un conseil ne pouvait pas se compléter dans cette hypothèse, et pourtant son fonctionnement n'en était pas moins paralysé. En revanche il pourra se réunir et délibérer valablement sur la convoca-

1. Bosvieux, *op. cit.*, p. 824.
2. Bosvieux, *ibid.*, p. 863.

tion anticipée de l'assemblée générale (voir *supra*, chap. IV).

3° La décision sera prise à la majorité. Le vote pourra, selon les principes dégagés plus haut, se faire par tête ou par intérêts.

4° Dans le bureau le président semble occuper une place toute nouvelle. Cependant la loi n'a pas précisé ses pouvoirs. Nous distinguerons donc son rôle de président du conseil de son rôle de direction. Nous croyons qu'au sein du conseil il conserve simplement la place qu'il y avait autrefois. Il demeure un simple mandataire des administrateurs, révocable par eux. Sa mission dans le conseil se bornera donc, comme par le passé, à convoquer le conseil et à présider les délibérations.

Mais le conseil d'administration pourrait-il s'abstenir de désigner un président ? Nous savons que, dans le droit antérieur, on n'avait pris l'habitude de désigner un bureau qu'en vue de faciliter le fonctionnement du conseil d'administration ; par suite cette désignation n'était nullement obligatoire. Mais, aujourd'hui, le président du conseil devient un organe essentiel de la société anonyme : c'est sur ses épaules que repose toute la responsabilité de la direction. Même s'il n'a aucun pouvoir, même lorsqu'il ne gouverne pas activement la société, l'article 2 le déclare responsable des actes du directeur général. On ne conçoit donc pas une société anonyme sans président car il manquerait l'essentiel du système que le législateur vient d'élaborer. La doctrine est divisée cependant sur ce point : ainsi MM. Alexandroff et Sarrut[1] soutiennent que rien dans le nouveau texte ne modifie le caractère facultatif

1. *Répert. Commaille*, 15 janvier 1941, p. 17.

de la nomination d'un directeur général ; par suite, pour eux, on pourrait s'abstenir de nommer un président ; la société serait alors administrée par le conseil d'administration, ne comportant ni président, ni directeur général. Mais le reste de la doctrine est généralement en sens contraire[1] c'est qu'en réalité l'on ne comprendrait plus le sens de cette réforme si dès le début l'on venait nier son caractère obligatoire.

Quelle serait la sanction si une société ne se soumettait pas à cette obligation légale ? on a dit qu'elle « se trouvera « dans l'impossibilité de fonctionner régulièrement et sus- « ceptible d'annulation, à moins qu'elle ne se transforme »[2]. Nous croyons, d'ne façon plus précise, que la loi récente a prévu ce cas, son article 5, alinéa 6 disposant : « toute délibération prise après l'expiration du délai prévu ci-dessus *ou en contravention des dispositions de la présente loi « sera nulle de plein droit* ».

Il pourrait arriver que, le président, refusât la charge nouvelle de la fonction, le vice-président pourrait-il alors se targuer de son titre pour exiger de prendre sa succession ? D'une façon définitive, certainement pas, car la vice-présidence n'était le plus souvent qu'une désignation honorifique, n'impliquant nullement que le conseil eût consenti à faire de lui le chef effectif de la société. Mais il pourrait, au cours d'un interrègne, en exercer les fonctions provisoirement ; mais si cette situation se prolongeait, par exemple parce que le conseil n'arrive pas à se mettre d'accord sur un nom, quelle solution adopter ? Le conseil

1. Bosvieux, *op. cit.*, p. 832. — Cordonnier, *op. cit.*, p. 5.
2. Cordonnier, *ibid.*

pourrait-il assumer lui-même la charge de la direction ? Nous ne le pensons pas car il s'exposerait à voir annuler ses délibérations ainsi prises « en contravention de la présente loi ». En fait, il y a là une question d'appréciation : sous le prétexte d'assurer les affaires courantes dans l'intervalle de deux présidences, le conseil ne pourrait prolonger cet interrègne sans s'exposer à la double sanction de la nullité et de la responsabilité.

Comment sera nommé le président ? Il aura été le plus souvent désigné par le conseil depuis la loi du 16 novembre 1940. Mais le silence vaudrait à notre avis, d'une part confirmation de son mandat par le conseil et acceptation tacite de celui-ci par l'intéressé. Ici la solution sera différente de celle qui a été adoptée pour le vice-président, d'abord parce que la présidence telle qu'elle existait autrefois impliquait tout de même l'exercice de fonctions définies, et ensuite par la force des choses : la société ne peut se passer d'un président, il est préférable de se contenter de celui qui était en exercice avant la loi de 1940 plutôt que de frapper la société et le conseil des sanctions qu'entraînerait l'absence de président.

Une question extrêmement délicate se pose : au lieu d'être nommé par le conseil, le président pourrait-il l'être par l'assemblée en raison de l'importance de ses fonctions ? On comprendrait parfaitement le désir des actionnaires de procéder de cette façon. Rien dans la loi ne s'oppose à un tel choix ; c'est seulement la conception que nous nous faisons de ce personnage qui nous le montre comme un mandataire du conseil. Cette éventualité n'est pas exclue. Mais elle ne serait pas sans conséquence juridique. On

conçoit que, dans cette hypothèse, l'obligation de surveillance du conseil s'atténue, devienne moins rigoureuse. D'une façon générale elle aurait pour effet d'enlever une partie de sa valeur à la notion traditionnelle d'entité car le président ne serait plus tenu d'obéir aux décisions du conseil ; des conflits ne tarderaient pas à surgir entre lui et les autres administrateurs. D'autre part, ce serait supprimer totalement la dépendance du président à l'égard du conseil et, par là, supprimer la nature des rapports hiérarchiques entre eux. Cette considération doit-elle conduire à nier la possibilité d'une nomination directe du président par l'assemblée ? La loi est obscure, il faut bien l'avouer. Il est vrai qu'en disant « le président du conseil d'administration » l'article 2 paraît bien se référer au droit antérieur. Mais la création est si originale qu'on ne peut douter. En définitive, la solution nous paraît peu recommandable : quant à nous, nous refusons à la repousser quoiqu'il nous paraisse que la loi du 16 novembre 1940, par l'emploi de l'article défini « le » ait voulu se référer implicitement à la notion antérieure du président essentiellement mandataire du Conseil d'administration. D'une façon générale la doctrine le considère bien comme tel.

5° Le registre des délibérations est-il désormais obligatoire ? La loi est également muette sur ce point. Devrons-nous adopter la règle antérieure et décider que le registre n'est que facultatif puisque, à tout prendre, il n'est que le mode de preuve des délibérations ? Il est difficile de considérer le registre des délibérations comme obligatoire, en l'absence d'une disposition légale formelle. En fait, les projets propositions de lois, et lois étrangères qui ont réglementé le

droit du conseil ont presque toujours pris le soin de rendre obligatoire le registre des délibérations, comme nous le verrons au chapitre suivant, la notion d'entité s'est accusée depuis la loi du 16 novembre 1940.

III. — La responsabilité du conseil reste collective.

On peut se demander, en deuxième lieu, si le conseil reste comme par le passé une entité responsable collectivement. Sur ce point la loi du 16 novembre 1940 ne semble pas avoir apporté non plus de grand changement. Reprenant la formule de l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867, son article 4, alinéa 5, se place exclusivement dans le cas de la faillite. Rien n'est donc changé aux règles antérieures ; seule une solution spéciale est prévue par le texte en cas de faillite : « En outre, si la faillite ou la liquidation judiciaire « de la société fait apparaître une insuffisance d'actif, le « tribunal de commerce peut, à la demande du syndic ou du « liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales « seront supportées jusqu'à concurrence du montant qu'il « déterminera, soit par le président, soit par les adminis- « trateurs membres du comité, soit par les autres adminis- « trateurs ou par certains d'entre eux avec ou sans soli- « darité ». Ne nous occupant que du conseil d'administration, signalons simplement que si cette formule créé un droit nouveau des causes de responsabilité, du moins ne vient-elle rien changer au droit antérieur, en ce qui concerne le caractère collectif de cette responsabilité. Nous aurons à examiner, toutefois, si, en fait, il n'arrivera pas fréquemment que le président soit condamné seul. On ne peut d'ailleurs

prévoir dans quel sens s'orientera la jurisprudence : accablera-t-elle le président, en raison de la place éminente qu'il occupera désormais dans la société, d'une responsabilité toute spéciale ? Tout au contraire, même lorsque le président aura agi seul, les tribunaux condamneront-ils avec lui les administrateurs pour défaut de surveillance ? Seul l'avenir répondra à ces questions. Mais en tout état de cause, la loi du 16 novembre 1940 ayant donné à la notion d'entité une vleur légale impérative, on ne voit pas pourquoi la jurisprudence ne continuerait pas à lier la question de sa responsabilité — de son caractère collectif surtout — au droit de cette entité et principalement nous croyons que la notion de « participation juridique » aux actes dommageables ne peut trouver, ici, qu'un surcroît de faveur.

Il apparaît bien, d'ailleurs, que l'alinéa du même article 4, tel qu'il est conçu, ne pourra en définitive qu'accentuer cette tendance. Il dispose en effet : « Pour dégager leur « responsabilité le président et les administrateurs impliqués « doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des « affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un man- « dataire salarié ». Or, on remarquera que, si ce texte écarte tout d'abord en cette matière cette théorie du risque déjà avancée par Decugis, et qui conduisait à la responsabilité collective sans faute du conseil d'administration, du moins a-t-il pour effet de renverser la charge de la preuve. Au fond ce ne sera pas aux tiers de prouver la faute, mais à l'administrateur à prouver qu'il a rempli son mandat avec toute « l'activité et la diligence d'un mandataire salarié ». Nous croyons que ce texte ne fait que confirmer la jurisprudence que nous avons décrite au cours de la première

partie sur le point spécial de la responsabilité incombant aux administrateurs[1] : ici la faute résulte de l'insuffisance d'actif et ce sera à l'administrateur de prouver qu'il n'a pas participé juridiquement à cette faute, soit par une défaillance dans la surveillance ou le contrôle, soit par la « participation juridique » aux délibérations incriminées. Nous croyons, en conclusion, que la jurisprudence s'orientera franchement, selon toute vraisemblance, dans la voie qu'elle s'était tracée avant la loi du 16 novembre 1940.

IV. — **Pouvoirs et obligations du conseil.**

La loi ne semble avoir rien modifié aux obligations et aux pouvoirs du conseil. L'article 4, en son sixième alinéa, parle de la « gestion des affaires sociales » par le conseil et l'article 1er précise que « la société est administrée par un « conseil ». Il faut donc décider que rien n'est changé au passé.

Cependant la question s'est posée de savoir quel devrait être désormais le rôle du conseil.

Plusieurs tendances se sont fait jour en doctrine.

D'après un premier système soutenu notamment par Baudouin-Bugnet[2], le conseil d'administration n'a plus aucun pouvoir propre ; il est réduit au rôle du conseil de surveillance de la société anonyme allemande ; « le conseil « doit, dit-il, déléguer ses pouvoirs d'administration et de « direction que lui reconnaît l'article 1er à son président...

1. Sur la notion d'insuffisance d'actif, sur le sens qu'il faut lui attribuer, voir Bosvieux, *op. cit.*

2. Baudoin-Bugnet et Gozard, *La direction des sociétés par actions*, p. 60-61.

« Même si toutes les décisions du président du conseil « d'administration étaient soumises par lui avant exécution « au conseil d'administration, celui-ci n'en demeurerait « pas moins, d'après la loi du 16 novembre 1940, un organe « purement consultatif et de surveillance.. Le rôle du « conseil se trouve ainsi ramené très sensiblement à celui « du conseil de surveillance de la commandite par action... « Et plus encore... la nouvelle notion du conseil d'adminis- « tration se rapproche de celle du conseil de surveillance « de la loi allemande du 31 janvier 1937 ».

Cette conception extrême paraît inconciliable avec les termes de l'article 1er : « La société est administrée... ». Aussi une série d'auteurs pensent que « le conseil reste... « l'organe général collectif de gestion ; c'est lui qui prend « toutes les décisions concernant la marche des affaires « sociales comme il le faisait jusqu'ici »[1]. D'autre part, le conseil reste pour eux le « véritable représentant juri- « dique de la société » et se trouve « investi d'un pouvoir « de contrôle sur les actes accomplis par le président »[2], et « le conseil garde la haute main sur l'administration pro- « prement dite de la société, dans la limite des pouvoirs « qu'il tient des statuts à cet effet... L'importance du rôle « présidentiel ne fait point disparaître les prérogatives, les « devoirs et les responsabilités du collège des administra- « teurs... »[3]. Ce deuxième système paraît le seul conciliable avec les termes de l'article 1er.

Mais en définitive il faut bien reconnaître que si la loi du 16 novembre 1940 reprend les termes même de l'ancien

1. BASTIAN, *op. cit.*
2. *Ibid.*
3. CORDONNIER, *op. cit.*

article 22, du moins le problème se trouve changé du fait qu'à côté du conseil il y a un personnage qui peut exiger certains pouvoirs dans le silence des statuts. Mais lesquels ? Y-a-t-il vraiment une sorte de partage des pouvoirs entre ce conseil et le président ? c'est en ce sens que se prononce Bosvieux[1]. Il arrive à dégager une sorte de liste des pouvoirs du conseil, laquelle comprendrait les pouvoirs dont l'exercice nécessite une délibération préalable en commun, les pouvoirs qui ne concernent pas l'exploitation, les pouvoirs ayant trait à des actes de disposition. Bosvieux s'appuie sur la jurisprudence antérieure, relative aux pouvoirs légaux du directeur général, pour décider par analogie que tous les autres pouvoirs sont *ipso facto* exercés par le président.

En fait les pouvoirs du président seront fréquemment fixés par les statuts ; s'ils ne l'étaient pas, ils pourraient l'être par le conseil d'administration : il s'agira alors d'une délégation des pouvoirs du conseil. Bref il semble que les pouvoirs du conseil n'ont pas changé ; certes il peut arriver qu'il ne les exerce pas lui-même, mais ce sont tout de même ses pouvoirs que le président exercera le plus souvent.

V. — Droit comparé.

Mais la loi récente ne connaît pas la réglementation extrêmement minutieuse établies par certaines lois étrangères.

C'est ainsi que la loi allemande du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions et les sociétés en commandite par

1. BOSVIEUX, *op. cit.*, n. 836.

actions, rompant avec la tradition du Code de commerce, précise :

— l'organisation interne du conseil de surveillance.

— la participation aux séances du conseil de surveillance et de ses commissions,

— la convocation du conseil de surveillance.

— les devoirs et droits du conseil de surveillance.

Nous allons examiner ces différents points successivement

a) *Organisation interne du conseil de surveillance* (§ 92).

L'alinéa n° 1 décide que le conseil élit un bureau composé du président et d'au moins un « représentant » chargé de suppléer le président. Les noms de ces deux personnes doivent être déclarés au registre du commerce, en raison du rôle important qu'elles sont appelées à jouer lors de l'immatriculation de certaines délibérations (augmentation, réduction du capital social). De plus, l'une ou l'autre certifie les procès-verbaux des séances du conseil. En outre, le président prépare et exécute « naturellement », dit un auteur[1], sans baser ce pouvoir sur aucun texte précis, les décisions du conseil ; de plus, il est fréquemment chargé de présider l'assemblée générale. Enfin, le § 100 rend obligatoire la mention de son nom à côté des directeurs en tête des lettres de la société.

L'alinéa n° 2 oblige le conseil de surveillance à faire dresser un procès-verbal de tous les débats et de toutes les délibérations : on ne voit pas très bien la différence qu'il

1. MEZGER, *Le nouveau régime des sociétés anonymes en Allemagne*, thèse, Paris, 1939.

faut établir entre ces deux termes ; il s'agit probablement des délibérations suivies ou non de décisions.

L'alinéa n° 3 s'attache à préciser que « le vote par écrit n'est admis que si aucun membre ne s'oppose à cette procédure ». On peut se demander quel est le sens de cette expression : est-ce une simple modalité du vote à lissue d'une délibération, ou bien s'agit-il, au contraire, d'admettre le vote par correspondance ? C'est à cette dernière opinion que se range Mezger qui précise que dans ce cas il n'y aura pas de séance. Cette solution diminue évidemment les garanties de bonne administration de la société. Aussi n'est-elle praticable que s'il n'y a d'opposition d'aucun administrateur.

Enfin, l'alinéa 4 autorise le conseil à « former de ces « membres une ou plusieurs commissions, notamment pour « préparer les débats ou pour surveiller l'exécution de ses « délibérations ». Le comité d'études qui a pris dans le texte récent français une valeur légale, s'inspire évidemment de cette disposition.

b) *Participation aux séances du conseil de surveillance et de ses commissions* (§ 93).

Le principe de la loi allemande est ici assez curieux : son alinéa permet aux membres de la direction d'assister aux délibérations du conseil de surveillance. C'est évidemment une atteinte au principe d'entité. Il ajoute d'ailleurs que « les experts et informateurs peuvent être admis lors de la « délibération sur les points respectifs ».

L'alinéa 2, se plaçant dans l'hypothèse d'une séance d'une des commissions établie par le § 92, autorise les membres du

conseil de surveillance qui ne font pas partie de la commission, à participer aux séances de cette commission, à moins que les statuts ou le président du conseil de surveillance n'en disposent autrement.

Enfin l'alinéa n° 3 laisse aux statuts la faculté de stipuler que des personnes qui ne sont pas membres du conseil de surveillance participent aux séances du conseil de surveillance, et de ses commissions, à la place de membres du conseil de surveillance, pourvu qu'elles soient autorisées par ces membres par écrit. La loi allemande a pris soin ici de prévoir la possibilité pour chaque membre de se faire représenter au conseil. Mais on voit qu'elle entoure cette faculté de toutes sortes de garanties. On notera que le texte parle d' « autorisation écrite » et non de « procuration ». Cette distinction n'entraîne peut-être pas de grandes conséquences juridiques, du moins montre-t-elle assez bien la conception allemande de la fonction du conseil de surveillance : elle est à la fois une charge et une prérogative et la subdélégation résulte davantage des statuts que du mandat donné individuellement. La personne venant effectuer un tel remplacement peut, d'ailleurs, déposer le vote écrit du membre qu'elle est chargée de représenter. Cependant la loi allemande excepte de cette faculté de remplacement individuel, le président et son représentant ; leur présence personnelle est donc requise aux délibérationx du conseil de surveillance.

c) *Convocation du conseil de surveillance* (§ 94).

Ce soin échoit au président . Cependant la loi allemande organise un système extrêmement souple :

— Un seul membre du conseil peut demander la convocation au président. Celui-ci n'est pas tenu d'obéir à cette demande, mais son inaction pourrait, éventuellement, entraîner sa responsabilité.

— Si la demande émane de deux membres, elle doit avoir une suite dans un délai de deux semaines : à défaut de convocation par le président, les deux membres du conseil auront, à l'expiration de ce délai « le droit de convoquer eux-mêmes le conseil en indiquant les circonstances » c'est-à-dire l'inaction du président.

Le § 88 crée une institution originale : il autorise les statuts à « investir certains actionnaires ou les porteurs de « certaines actions du droit de déléguer des membres au « conseil de surveillance. Le nombre total des membres « délégués ne peut dépasser le tiers des membres du conseil « de surveillance ». Ces délégués joueront en pratique le rôle d'informateurs, mais ils ne pourront prendre part aux délibérations ni au vote. Le même paragraphe réglemente ce droit de délégation : il ne peut être attribué qu'aux actions nominatives (alinéa n° 2), il peut être révoqué à tout moment (alinéa n° 4) et la mission de révocation est même confiée au tribunal « à la requête d'une minorité représentant au moins un dixième du capital social ».

D'une manière générale la loi allemande organise le conseil de surveillance d'une façon extrêmement précise. Mais on ne peut dire que sa mission soit celle du conseil d'administration français. En effet, le § 95 qui détermine son rôle (« Devoirs et droits du conseil de surveillance ») s'inspire de principes tout autres.

Alors que le conseil français est chargé d'administrer,

l'alinéa n° 1 du § 88 dispose que « le conseil de surveillance surveille l'administration ». A ce sujet, Mezger écrit : « Cette « interprétation est assez vague ; une interprétation ri- « goureuse pourrait en conclure que les directeurs doivent « rendre des comptes au conseil chaque jour, et pour chaque « opération. Tel n'en est pas naturellement le sens. Mais la « loi ne veut pas non plus de la pratique, fréquente jusqu'en « 1931, où le conseil se bornait à se réunir une ou deux fois « par an pour recevoir un rapport sommaire ».

Aussi, le § 95 prend-il un certain nombre de précautions pour éviter le retour à cet état de choses et, au contraire de la loi française, il précise les obligations du conseil qui constituent dans leur ensemble l'essentiel des rapports entre le conseil de l'assemblée générale, d'une part, et entre le conseil et la direction, d'autre part.

Nous aurons à examiner, plus loin, quelle est la situation nouvelle du conseil dans la hiérarchie sociale, si elle a été modifiée par la loi du 16 novembre 1940 ; nous verrons enfin quelle est, dans la société anonyme allemande, la situation relative du conseil de surveillance.

CHAPITRE II

CARACTÈRE EXCLUSIF DE LA NOTION D'ENTITÉ

Nous l'avons montré au cours de la première partie, la notion d'entité n'était ni exclusive, ni absolue. Elle n'était pas absolue, la loi du 16 novembre 1940 n'a pas supprimé le statut personnel de la fonction d'administrateur.

Elle n'était pas exclusive : nous avions montré qu'il n'y avait pas entre le conseil d'administration et les autres organes sociaux, de cloison étanche : ainsi l'administrateur pouvait exercer des fonctions de direction dans la société (administrateur délégué, directeur général, directeur technique).

Mais l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 qui dispose : « Aucun autre membre du conseil d'administration ne peut « être investi de fonctions de direction dans la société » crée un problème singulièrement délicat. On observera que ce texte s'inspire manifestement du § 90 de la loi allemande du 30 janvier 1937.

« Incompatibilité de la fonction de mmebre de la direction « avec la fonction de membre du conseil de surveillance.

« 1° Les membres du conseil de surveillance ne peuvent « être en même temps membres de la direction ou représen- « tants permanents de membres de la direction ». En réalité

la loi allemande a eu longtemps à lutter contre les tentatives perpétuelles du conseil de surveillance de s'emparer de l'administration effective de la société[1]. C'est ce qui explique cette division des fonctions voulue par le législateur allemand. On peut se demander, d'ailleurs, qu'elle est l'utilité de cette disposition, le § 95 alinéa 5 permettant aux statuts, voire au conseil lui-même, d'interdire à la direction, de passer tel ou tel acte ou sorte d'acte sans l'agrément du conseil. En tout cas, la loi allemande va très loin dans la voie de la division des fonctions, puisque le même § 90 décide que les membres du conseil de surveillance « ne « peuvent non plus gérer les affaires de la société en qualité « d'employés ». Mais la loi allemande est extrêmement claire car la direction est parfaitement définie de même que la qualité d'employé de la société.

Le caractère d'entité exclusive du conseil s'accentue donc du fait de la loi française : aujourd'hui, non seulement comme autrefois, l'administrateur ne peut être commissaire aux comptes (argument art. 33 de la loi du 24 juillet 1867) mais encore il lui est interdit d'exercer une fonction de direction dans la société.

Mais que faut-il entendre par « fonction de direction ? » C'est ici que la loi du 16 novembre 1940 a suscité le plus de controverses.

D'après un premier système, l'interdiction qui résulte de l'alinéa de l'article 2 de la loi concerne « toutes les fonctions « qu'elles qu'elles soient, comportant des fonctions de « décision. Par suite elle met obstacle à la nomination ou « au maintien d'un administrateur en qualité de directeur

1. Mezger, thèse, précitée, p. 226.

« commercial ou de directeur technique, de fondé de pou-
« voirs et même de secrétaire général... De même doivent
« disparaître les conseils de direction investis de pouvoirs
« propres les amenant à participer à la gestion. Dans cette
« opinion le but de la loi serait de remettre entre les mains
« du directeur général tous les leviers de commande de
« l'entreprise... c'est aussi de mettre fin à la distribution
« aux administrateurs, trop souvent portés à tirer deux
« montures du même sac, de postes divers dont la création
« n'était parfois inspirée que par des considérations de
« camaraderie... »[1].

Mais il ne semble pas que ce système apporte beaucoup de lumière. On ne peut guère baser de construction juridique sur la notion de pouvoir de décision (interne). Une personne peut très bien avoir un pouvoir de décision et n'avoir pas celui d'engager la société aux yeux des tiers.

D'après un deuxième système [2] la loi du 16 novembre 1940 a voulu interdire aux administrateurs l'exercice de la fonction de directeur général ou de directeur technique. Ce système se fonde principalement sur le mot « direction » employé par la loi et d'une façon générale sur des arguments exégétiques : ainsi l'alinéa 3 ajouté à l'article 3 de la loi du 18 septembre, créerait une sorte d'opposition entre les administrateurs et les directeurs ; par un raisonnement juridique assez verbal il faudrait conclure que « directeur général » s'oppose à administrateur. Quant aux directeur technique, c'est un directeur, donc il fait partie de la « direction ». Malheureusement on sent trop l'extrême faiblesse

1. Bosvieux, *Journal des Notaires*, décembre 1940, p. 857.
2. J. Michel, *Commentaire de la loi du 16 décembre* 1940, p. 4.

de cette argumentation ; il est bien connu que la jurisprudence ne s'est jamais attachée aux mots pour déterminer la nature exacte de la fonction exercée par une personne gratifiée du titre de directeur[1]. En réalité on ne peut guère s'en remettre à une interprétation exégétique de la loi du 16 novembre 1940. Le terme direction n'a pas, ici, de sens ferme, au contraire de la loi allemande où il avait un sens extrêmement précis.

Une variante de ce dernier système doit être trouvée dans les commentaires que Cordonnier a fait de la loi récente (au Dalloz critique, 1er cahier 1941 — Législation p. 7). Son principal argument se fonde pour interdire à tout administrateur d'exercer la fonction de directeur général sur la forme grammaticale de l'article 2. « Aucun *autre* membre... etc... ». La dispute a bien été, il faut le reconnaître, fréquemment transportée sur un terrain exégétique : un autre commentateur de la loi[2] raisonne sur la portée d'abrogation de la loi récente. Pour lui cette loi n'a pu abroger l'article 22 de la loi du 24 janvier 1867, par suite le directeur général peut être un administrateur, encore qu'il émette quelque doute sur cette solution ; mais pour lui la solution contraire aboutirait à « ériger en système « la décadence de la technique du droit français ». D'après ce système l'article 2 aurait seulement pour effet d'interdire aux administrateurs la fonction de directeur technique. Ici aussi l'interprétation exégétique reparaît : le terme « direction » ne pourrait englober la « direction *générale* ». La raison générale donnée serait que les administrateurs

1. Nancy, 21 juillet 1891. — Sous Req., 12 décembre 1892, D. 93.1.164. — Paris 18 avril 1912, S., 1914.2.129.
2. Brochure de l'*A.N.S.A.*, p. 12 et 17.

ne pourront plus ainsi se protéger par un contrat de direction technique, contre le risque de révocation *ad nutum*.

Arrivés à ce point de notre étude, il semble que le terrain sur lequel la question a été disputée jusqu'ici manque de fermeté. On se trouve toujours devant des mots, non devant des notions juridiques précices.

Or, un auteur M. le Professeur Bastian[1] semble avoir voulu s'appuyer sur des notions solides pour résoudre ce problème : il souligne tout d'abord le verbalisme de la plupart des systèmes qui ont été analysés plus haut, que le terme de « directeur » ou de « direction » n'est nullement propre à la société anonyme. Il cherche alors à déterminer le sens exact du terme de « direction », définition qui sera utile pour la résolution de tous les « cas limite ». Tout d'abord il faudra éliminer la distinction aujourd'hui presque banale en dépit de son originalité des « pouvoirs internes et des « pouvoirs externes » avancée en guise d'explications par certains auteurs. De même le « pouvoir de commander » ne saurait, à cause de son imprécision, satisfaire l'esprit. Il ne reste plus alors qu'à s'inspirer de « l'esprit de la réforme » et se référer au « but qu'elle poursuit ». « Pour arriver à « concentration de pouvoirs (voulue précisément par la loi), « la loi sépare, dans la gestion de la société l'administrtion « et la direction, ou, en d'autres termes, la délibération et « l'exècution. La délibération reste toujours l'apanage du « conseil d'administration, mais l'exécution de ses déci- « sions et le pouvoir de donner des ordres en son nom aux « employés de la personne morale ne peuvent plus être

1. Bastian, « Du cumul des fonctions d'administrateur et de directeur technique d'une société anonyme », *Semaine juridique*, 8 mars 1941, étude 188.

« confiés à n'importe quel membre du conseil ou à un direc-
« teur étranger : seul le président du conseil en est chargé...
« Il ne faut plus qu'il y ait, dans la direction des affaires
« sociales plusieurs personnes ayant rang égal et dotées
« d'autonomie, entre lesquelles se partageraient les pou-
« voirs et la responsabilité », tel est l'argument de fond invoqué par M. le Professeur Bastian. En définitive cette argumentation conduirait à penser que ce que la loi a voulu interdire, c'est que les administrateurs puissent agir individuellement et avec une certaine indépendance : par suite, conclusion pratique, ils pourront passer valablement avec la société, un contrat de travail, lequel postule la subordination de celui qui loue ses services ; ce contrat de travail sera par exemple un contrat de direction technique ; en revanche ils ne sauraient figurer comme mandataires, parce que le mandat implique l'indépendance : d'où impossibilité d'être directeur général ou administrateur délégué. Et M. le Professeur Bastian réfute par avance les diverses objections qui pourraient lui être faites touchant d'une part à l'assimilation qui a été faite par certains, entre le conseil d'administration français et le conseil de surveillance allemand, conception fausse selon laquelle les administrateurs en seraient réduits à un simple rôle de surveillance, touchant d'autre part, au caractère, choquant en soi, du cumul de deux fonctions dont l'une est hiérarchiquement inférieure à l'autre, et touchant enfin aux attaques générales dont le cumul de fonctions a souvent fait l'objet : le cumul peut fort bien servir l'intérêt social.

Les conclusions de cet article paraissent reposer sur des bases extrêmement solides. Nul ne pense qu'elles ne soient

accueillies avec faveur par leur libéralisme. Cependant elles ont un inconvénient : c'est de poser à nouveau le délicat problème de la distinction juridique du directeur technique et du directeur général, distinction laborieusement essayée par la jurisprudence et établie sur des critériums encore incertains. La difficulté provient de ce qu'il est difficile de distinguer les contrats où le contrat de travail est prédominant des contrats où c'est le mandat qui l'emporte. Or, il est bien certain que M. le Professeur Bastian admet bien que le directeur technique reçoive et exerce un mandat : « sans doute, écrit-il, l'idée de mandat « n'est-elle pas totalement absente, mais elle n'apparaît « qu'accessoirement ». Voilà une autre difficulté qui surgit.

C'est ici que nous nous proposons de compléter le système de M. le Professeur Bastian par quelques suggestions de caractère purement technique : il ne s'agit pas seulement pour nous de poser le problème sur le terrain général du contrat qui lie le directeur à la société ; il faut encore, à notre sens, le porter sur le terrain plus technique du droit social. Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, le terme de direction n'avait point de sens défini ; c'est que tout d'abord il était facultatif et, d'autre part, ne constituait pas autre chose qu'une simple émanation du conseil (administrateur délégué par exemple) ou bien désignait certaines personnes ayant avec la société des liens hétéroclites (mandat, louage de service) et d'un contenu variable ne permettant pas une définition unitaire. En somme la notion de direction concernait l'entreprise commerciale et non le droit technique de la société anonyme. Que, en ce qui concerne l'article 2, la loi française soit l'imitation, jusque dans les termes, du § 90

de la loi allemande de 1937, il n'y a pas de doute ; il n'en reste pas moins que la notion de direction prend aujourd'hui une valeur légale, non point seulement parce que ce mot est prononcé par l'alinéa 2 de l'article 2 car si l'on raisonnait ainsi le mot directeur eût du avoir un sens technique puisque employé dans l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, mais par le caractère organique de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940.

Il est clair, en effet, que, dans la pensée malheureusement mal venue, des rédacteurs de la loi, il s'agissait d'introduire dans la société anonyme un organe nouveau, propre au droit de celle-ci : la direction, et cela dans un esprit très net d'imitation.

Quoiqu'il en soit, l'article 2 oppose constamment cet organe nouveau avec le conseil d'administration — quoiqu'on en ait dit, l'opposition existe (alinéa 3) au sein du comité d'études, elle existe, encore dans la défense de cumul des fonctions d'administration et de direction ; enfin, le président du conseil, et c'est là le trait absolument original de la loi française est chargé de conduire ces deux organes, d'en coordonner l'action (d'où la possibilité pour lui, et en vue de faciliter cette mission de coordination, de liaison, de nommer un comité d'études : voilà pourquoi le droit de nomination a ce comité revient au président).

Mais, va-t-on objecter, où est cet organe de direction, quel est son statut, quelle est son unité ? L'objection est juste mais non pas décisive. La loi du 16 novembre 1940 est le type même de la loi mal faite. Ses rédacteurs n'ont pas conçu suivant le schéma d'une idée claire, ils ont obéi à une simple tendance. Ils n'ont pas osé renverser les méthodes

françaises ; ils n'ont pas osé adopter une règle franchement nouvelle, c'est-à-dire introduire dans la société anonyme un organe clairement réglementé, aux contours fermes. D'où cette espèce d'hésitation dans la rédaction de la loi nouvelle. Mais nous ne devons pas moins, comme le disait M. le Professeur Bastian, nous inspirer de l'esprit de la loi. Or, si sa tendance est de créer deux organes et de les distinguer, c'est du point de vue *organique* qu'il nous faut envisager le problème. La séparation plus franche de ces deux organes mettra davantage encore l'accent sur la notion d'entité. Le conseil d'administration devra se limiter à son mode d'action normal : la délibération : c'est d'ailleurs bien la conception de M. le Professeur Bastian. Aucun autre mode d'action ne serait admissible.

Mais il faudra pousser plus loin le raisonnement : aucun membre du conseil ne pourra agir, même au nom du conseil, comme pourrait agir un membre de l'organe nouveau de direction. Or ici le seul mode d'action sera le mode individuel à l'aide de *pouvoirs* concédés au nom de la société : nous arrivons à la même conclusion que M. le Professeur Bastian : prohibition du mandat. Mais nous allons nous trouver contraint d'accuser davantage encore sa position : à aucun titre l'administrateur ne pourra agir en vertu de pouvoirs généraux, même si le mandat ne domine pas son contrat de locateur de services, car ce mode d'action serait à la fois contraire à la notion d'entité et à la prohibition de l'interpénétration du conseil d'administration et de la direction. Que si l'on s'y arrête quelque peu on verra ici les avantages d'une solution qui éliminera toute discussion

relativement à la prédominance du mandat ou du contrat de louages de services, qui imposera aux administrateurs un mode d'action unique (la délibération), qui délimitera avec précision les deux organes voisins (administration et direction) et qui n'interdira pas, éventuellement, à la société de se priver des services techniques éminents d'un administrateur, lequel sera simplement privé de tous pouvoirs d'engager la société à l'égard des tiers.

Car c'est là, au fond, que gît une grande part de la difficulté : on ne saurait attribuer de valeur juridique au pouvoir de « donner des ordres » si ceux-ci n'aboutissent pas à un engagement de la société. Ainsi rien n'empêchera un administrateur d'être placé, en qualité d'employé de la société qu'il administre, à la tête d'un service technique, car il ne sera pas nécessairement investi de pouvoirs susceptibles d'engager la société. Le « pouvoir de décision » n'entraîne par lui-même aucune conséquence juridique à l'égard des tiers, car un administrateur pourra très bien prendre en tant que directeur technique, par exemple, une décision : pour qu'elle prenne effet aux yeux des tiers elle devra être traduite en acte juridique par un mandataire valablement habilité à cet effet.

La prohibition d'exercer des pouvoirs au nom de la société doit, évidemment, correspondre à l'idée de direction : ces pouvoirs doivent donc être généraux et permanents. En revanche un administrateur pourrait être, à notre sens, valablement désigné pour exercer un mandat spécial ayant un objet déterminé et temporaire, car le mandat spécial n'implique par lui-même aucune fonction. Les commenta-

teurs de la loi du 16 novembre 1940 sont généralement en ce sens[1].

En revanche, l'interdiction du cumul fait disparaître de notre droit — malgré les hésitations de l'auteur de la brochure de l'A.N.S.A. — le traditionnel administrateur délégué qui, d'ailleurs, était bien un « directeur » au sens de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867[2]. Mais il est évident que les auteurs qui admettent le directeur général administrateur, conservent du même coup l'administrateur-délégué ; dans tous les cas il n'y a pas de directeur général nommé : c'est pour eux affaire de mots[3].

Enfin de ce que le caractère d'entité du conseil s'accentue il faut décider que l'ancien comité de direction, pourvu de pouvoirs propres, doit disparaître, tout au moins dans la mesure où il comprend un ou plusieurs administrateurs : dans le cas où il ne comprendrait que des directeurs, la question se poserait car on peut se demander si en autorisant la création d'un comité d'études, la loi n'a pas entendu interdire tous autres comités. — « En règlementant la « constitution de comités d'études, écrit Bosvieux[4], les « seuls dont il paraît permettre aux administrateurs de « faire partie, le législateur a vraisemblablement voulu « empêcher la formation de conseils divers (qu'ils soient « appelés conseils de décision, comités consultatifs ou « autrement), le plus souvent composés, en partie ou en « totalité, d'administrateurs »... Il semble, en effet, qu'on

1. Bosvieux, *op. cit.*, p. 857, *A.N.S.A.*, p. 17. — Bastian, *Semaine juridique*, *op. cit.*, p. 188. — Alexandroff et Sarrut, *op. cit.*, sol. impl. Cordonnier, *op. cit.*, p. 9.
2. Michel, *op. cit.* — Bosvieux, *op. cit.*, p. 853. — Alexandroff et Sarrut, *loc. cit.*
3. Esmein, *G.P.*, 18-19 décembre 1940. — *A.N.S.A.*, *loc. cit.*
4. *Op. cit.*, p. 859.

ne puisse former d'autres comités que celui qui est prévu par l'article 2, alinéa 3. Cette idée vient encore renforcer la notion d'entité : la liberté n'existe plus sur ce point.

On voit combien la question des *pouvoirs* des administrateurs est liée à celle de la notion d'entité : pas de comités dans le cadre de l'entité autre que celui prévu par l'article 2, dès lors que le comité pourrait être investi de pouvoirs propres. Sur ce point aussi, la liberté statutaire a disparu.

Une question fort délicate s'est posée ; sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 on voyait fréquemment un, plus souvent deux, administrateurs signer les actes juridiques engageant la société (spécialement les chèques, traites, billets etc...), ceci en vue d'exercer leur contrôle, non pour donner à l'acte sa valeur, laquelle était acquise au moyen d'une autre signature. Cette pratique est-elle encore valable ? Il semble bien que les administrateurs agissent, ici, au nom du conseil, et ils n'engagent pas la société par leurs signatures. Le pouvoir, en vertu duquel ils signent, bien loin d'être un pouvoir de direction, constitue un élément de contrôle du conseil. En conséquence, cette pratique devrait être considérée comme licite[1]. Mais il est évident qu'elle pourrait permettre de tourner la prohibition : aussi convient-il de déconseiller cette pratique.

Il ne faudrait pas croire qu'on dût conclure de tout cela que le président a tous les pouvoirs : cette question sort du cadre de notre étude. Cependant, signalons qu'il pourra fréquemment n'être qu'un simple agent d'exécution du conseil ; dans ce cas la décision sera prise par le conseil.

1. Bosvieux, *op. cit.*, p. 857.

Tout ceci montre la nécessité du registre des délibérations, car, en fait, il sera le seul élément certain qui en restera.

Telle paraît être l'idée générale de la prohibition du cumul des fonctions d'administration et de direction : diviser les pouvoirs au moyen d'un accroissement de la notion d'entité.

Or, il est bien évident que, dans nombre de petites sociétés, cette prohibition a créé de grandes difficultés : beaucoup d'administrateurs agissaient en fait au nom de leur société.

Beaucoup, notamment, avaient le maniement des fonds sociaux, faisaient fonctionner les comptes en banques, signaient les traites et les chèques. Aussi, l'imprécision de la loi a-t-elle suscité dans les milieux d'affaires une légitime émotion. Quelle solution fallait-il adopter ? Il faut reconnaître qu'en fait une foule de sociétés s'efforcèrent de se soumettre à la loi : leurs administrateurs délégués devinrent président directeur généraux ; pour plus de sûreté les directeurs techniques abandonnèrent leurs sièges d'administrateurs, etc... Mais beaucoup de sociétés, principalement petites ou moyennes, ne savaient à qui confier la signature sociale car on avait bien mis le doigt sur le plus important : ne pas confier de *pouvoirs aux* administrateurs.

C'est pour pallier les inconvénients de cette situation incertaine, que des conversations entre les directeurs des contentieux de la Banque de France, de la Société générale et du Comptoir National d'Escompte, furent ouvertes. On aboutit, finalement, à un accord qui fit, peu après, l'objet d'une lettre circulaire dressée par l'Union Syndicale des banquiers à ses adhérents.

Il était conseillé dans cette circulaire d'admettre, pour des raisons d'ordre pratique, un administrateur à faire fonctionner un compte de sa société, mais aux conditions suivantes :

1° Que les pouvoirs émanent du conseil par délibération spéciale ou du président ou du directeur général, régulièrement habilités, mais non des statuts.

2° Qu'ils soient précisés pour un compte nommément désigné (et non pour tous les comptes en banque ouverts ou à ouvrir) et pour des opérations déterminées.

3° Qu'ils soient limités dans le temps, quitte à être renouvelés le cas échéant.

Les trois conditions posées ici doivent, dans l'esprit des rédacteurs de ces instructions, empêcher un administrateur d'exercer, à la faveur du fonctionnement du compte, un pouvoir de direction.

La première condition implique que l'administrateur n'agit pas en vertu d'une organisation sociale préétablie.

La deuxième condition — règle de la spécialité — restreint les pouvoirs de l'administrateur par une liste de pouvoirs extrêmement réduits et qui sera toujours interprêtée restrictivement.

Enfin, la limitation dans le temps (on proposait en fait une durée effective de trois mois) permet à la banque intéressée un contrôle discret du rôle effectif de l'administrateur dans ses relations avec d'autres tiers, et de lui retirer, à l'expiration du délai, le droit de continuer à faire fonctionner le compte, si l'intérêt de la société vient à l'exiger.

CHAPITRE III

INCIDENCES DE L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA LOI DU 16 NOVEMBRE 1940 SUR LA NOTION D'ENTITÉ

Si la loi du 16 novembre 1940 adopte, et même enrichit la notion d'entité, elle n'en crée pas moins une organisation générale nouvelle de la société qui, par un phénomène de répercussion, vient en définitive appauvrir cette notion de certains de ses éléments. A vrai dire il s'agit moins d'une construction générale vraiment nouvelle que de quelques simples règles dont les contours, encore mal définis, plongent l'interprête dans l'incertitude :

— Le droit nouveau relatif au président viendra certainement altérer l'unité du conseil. Il est bien certain que la jurisprudence sera nécessairement entraînée à mettre l'accent sur sa personnalité qui diminue aujourd'hui celle des autres administrateurs. L'espèce d'égalité que nous avons relevée entre les administrateurs, au cours du chapitre IV de la première partie, sera rompue à sa charge comme à son profit.

— Sur un second point l'existence d'un comité d'études viendra rompre l'uniformité de la situation des administrateurs, la loi attachant des conséquences nouvelles la

participation à ce comité, conséquences qui n'existaient pas autrefois lorsqu'on rencontrait un comité directeur dans la société.

— Enfin, sur un troisième point — peut-être le plus important non au point de vue pratique mais au point de vue de l'explication sociale et juridique de la société anonyme — la loi du 16 novembre 1940 entraîne de profonds changements dans la hiérarchie sociale et en particulier dans la situation relative du conseil au sein de la société, et plus spécialement dans la nature de ses rapports avec les nouveaux organes donnés à la société anonyme par la loi récente.

I. — Répercussion de l'existence légale du président sur la notion d'entité.

Nous avons pu voir, au cours du chapitre IV (première partie) que la jurisprudence faisait au président du conseil d'administration une situation très spéciale en raison de sa position morale privilégiée au sein de la société ; le terme lui-même de président est revêtu d'une sorte de prestige populaire et il n'est pas impossible que la loi du 16 novembre 1940 n'ait pas elle-même obéi à une sorte de verbalisme : la défunte loi du 18 septembre ne parlait-elle pas, dans un langage venu du Nouveau Monde, des « présidents des sociétés anonymes ».

De ce fait la situation du conseil est réellement nouvelle le président n'est plus ce figurant honorifique que l'usage antérieur a connu : il est un protagoniste de la société anonyme et le contraste entre lui et les autres administra-

teurs est frappant. La jurisprudence ne saurait être insensible à cette nouvelle réalité,

D'ailleurs, la loi elle-même lui a montré le chemin ; il n'existe point, dans la loi du 24 juillet 1867 de texte qui, à côté et en marge de l'article 44 établisse une différence entre le conseil d'administration et son président.

a) Or, l'article 2, alinéa 1, décide : « Le président du « conseil d'administration remplit les fonctions de directeur « général ou à défaut, le directeur général exerce les fonc- « tions pour le compte et sous la responsabilité du président « du conseil d'administration ». Jusqu'ici le directeur général était le mandataire du conseil : depuis la loi récente, on peut se demander s'il est le mandataire du conseil ou du président. C'est cette dernière opinion qui semble l'emporter jusqu'ici, aussi déraisonnable qu'elle puisse paraître [1] car il faut bien reconnaître que les termes de l'article 1er imposent cette explication. Mais, s'il en est ainsi, l'obligation de surveillance ne s'impose plus sur ce point au conseil : on ne peut imposer à celui-ci une obligation aussi rigoureuse qu'au président. D'ailleurs la loi le dit bien : c'est la responsabilité du président qui est en jeu, et elle ne parle pas de celle du conseil ; certes celle-ci pourra bien intervenir, mais seulement à la suite de circonstances très caractérisées, tandis que l'on a pu même se demander si cette responsabilité du président ne serait pas automatique, l'article 2 créant alors une présomption de responsabilité. Par suite, le caractère collectif de la responsabilité pourra fort bien être altéré, le président étant fréquemment

1. BOSVIEUX, *op. cit.*, p. 855. — ALEXANDROFF et SARRUT, *op. cit.*, p. 16. *Contra* : *A.N.S.A.*

amené à agir seul : nous croyons d'ailleurs, quant à nous, que la jurisprudence, basant la responsabilité du conseil sur un manquement à l'obligation de surveillance, sera fréquemment amenée à condamner le conseil avec le président, sauf peut-être dans le cas de responsabilité, du fait du directeur général et précisément en raison des termes impératifs de l'article 2.

b) On peut même être amené à se demander si le président sera nécessairement le mandataire du conseil d'administration. Nous nous sommes déjà demandé s'il ne pourrait être directement nommé par l'assemblée générale ; cette hypothèse, pourtant assez prévisible, si l'on songe à l'importance que les actionnaires peuvent attacher au président, ne semble pas avoir été envisagée jusqu'ici. Si elle se réalisait il faudrait décider, semble-t-il, que les administrateurs ne pourraient être tenus aux mêmes obligations de surveillance et de contrôle à l'égard d'un président que les actionnaires (ou éventuellement les statuts) leur auraient imposé.

c) Sur un troisième point la situation du président est devenue différente par rapport à celle des administrateurs. L'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 dispose en effet : « Le président du conseil d'administration de la société est « considéré comme commerçant pour l'application de la « présente loi.

« En cas de faillite de la société, le président est soumis « à la déchéance attachée par la loi à la faillite.

« Le Tribunal de commerce peut, toutefois, l'en affran- « chir si le président prouve que la faillite n'est pas impu- « table à des fautes graves commises dans la gestion de la « société ».

En cas de faillite de la société, le président sera, automatiquement, poursuivi séparément. La loi fait donc ici aussi une place spéciale au président et il est à prévoir que cette perpétuelle menace sera, dans la bouche de celui-ci, un argument de poids pour agir selon sa volonté. On peut même se demander si la jurisprudence ne sera pas amenée, par la nécessité des choses, à donner au président certaines prérogatives en contre-partie de ses charges. La loi allemande a bien compris cette nécessité : alors que le Code de commerce allemand faisait des directeurs de simples mandataires révocables (comme l'administrateur-délégué et le directeur général français) à temps, la loi du 30 janvier 1937 dispose, en son § 75 alinéa 3 : « Pour des raisons « graves, le conseil de surveillance peut révoquer la nomi- « nation d'un membre de la direction, ainsi que la nomi- « nation du président de la direction » et la loi énumère quelques exemples de « raison grave ». « Est raison grave, « notamment, une violation flagrante des devoirs ou « l'incapacité de gérer les affaires convenablement ». Et Mezger[1] montre, en s'appuyant sur les motifs officiels de la loi que la principale sera le retrait de la confiance indiqué par le refus du quitus. De même on pourra voir le président être déclaré en faillite dans le cas où il ne pourrait acquitter les dettes sociales qu'il aurait été condamné personnnellement à payer[2], alors que les administrateurs ne sont nullement exposés à cette éventualité (sauf à leur appliquer le décret-loi, toujours en vigueur, du 8 août 1935).

D'autre part, il sera frappé seul — ou éventuellement

1. Thèse précitée, p. 235.
2. Bosvieux, *op. cit.*, p. 812.

avec l'administrateur qui l'aura remplacé provisoirement — des déchèances attachées par la loi à la faillite[1].

On remarquera d'ailleurs que « les dispositions » de « l'article 4 ne sont pas applicables au président et aux « administrateurs de sociétés dont les biens mis en commun « ne sont pas destinés à produire des bénéfices, au président « et aux administrateurs dont le mandat, en vertu des dis- « positions légales ou réglementaires, est exclusif de toute « rémunération, au président et aux administrateurs des « sociétés d'études et de recherches, tant que ces derniers « ne passent pas au stade d'exploitation » (Art. 4 *in fine*).

L'article 4 édicte une procédure spéciale qui a pour but de frapper seul le président de certaines déchéances et responsabilités. La loi, ici aussi, rompt l'uniformité qui existait jusqu'ici au sein du conseil. Le président n'est plus un membre en quelque sorte anonyme du conseil, il devient une personnalité et, nous le verrons bientôt, un véritable organe social avec son statut propre, ses règles propres, lesquels sont sur beaucoup de point distincts de ceux des administrateurs.

II. — Répercussion de l'existence du comité d'études sur la notion d'entité.

L'existence d'un comité de direction était presque sans influence sur le droit du conseil d'administration : en fait, ce comité était l'émanation du conseil et par là ses actes étaient assimilés en quelque sorte à ceux du conseil. Cependant, il constituait évidemment une atteinte à la notion d'entité. La loi di 16 novembre 1940 l'a supprimé.

1. Voir sur ce point Bosvieux, *op. cit.*, p. 840 et suiv.

Mais elle l'a remplacé par un comité, qualifié, bientôt de « comité d'études » pour souligner d'ailleurs l'idée, indiquée implicitement à l'alinéa 3 de l'article 2, qu'il ne pouvait être investi de pouvoirs de représentation de la société.

Néanmoins, la seule existence de ce comité vient altérer de nouveau la notion d'entité ; en effet, bien que de simple conseil, l'activité des administrateurs sera loin d'être dépourvue de conséquences proprement juridiques :

a) Elle pourrait entraîner une responsabilité spéciale pour les administrateurs en faisant partie ; c'est ce que précise l'alinéa 5 de l'article 4 : « Les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il (le tribunal de commerce) déterminera, soit par le président, soit « par les administrateurs membres du comité », etc...

b) La rémunération des administrateurs en comité pourra être augmentée en fait de leur participation aux bénéfices. Or, nous savons que la rémunération doit toujours être égale entre administrateurs sauf à eux à consentir à une inégale répartition des tantièmes attribués au conseil. Cependant l'alinéa 4 de l'article 2 dispose que : « les administrateurs qui font partie de ce comité peuvent recevoir « une part dans les bénéfices, supérieure à celle des autres « administrateurs ».

III. — Place relative au conseil dans la société depuis la loi du 16 novembre 1940

Nous avons, au cours du chapitre III de la première partie essayé de définir la place du conseil d'administration dans la société anonyme, sous l'empire de la loi du 24 juillet

1867. La loi du 16 novembre 1940 vient modifier ces rapports hiérarchiques et les préciser.

Cette modification ne se fait pas, d'ailleurs, sans contradiction. Certes, comme nous l'avons dit, le président du conseil paraît bien être le mandataire du conseil d'administration, d'où pour lui une dépendance juridique certaine [1]. Cependant nous avons montré plus haut comment cette dépendance pourrait être atténuée si la jurisprudence, restreignant le principe de la révocation *ad nutum* s'orientait vers une révocation pour justes motifs.

Mais la situation faite par la loi nouvelle au président paraît en contradiction avec le principe de la révocation *ad nutum*. En effet :

a) Elle semble attribuer au président des pouvoirs assez étendus, car le membre de phrase : « Le président du conseil « d'administration remplit les fonctions de direction » a certainement ce sens ; certes, la loi ne permet pas de préciser l'étendue de ces pouvoirs, mais qu'il y ait « concentration de pouvoirs » suivant l'expression immédiatement employée par la doctrine, il n'y a pas de doute. Comment lui seront attribués ces pouvoirs, c'est là une des nombreuses difficultés posées par la loi. Il se pourrait en tout cas qu'en l'absence de stipulation précise des statuts, se posât la question de savoir quels de ses pouvoirs statutaires le conseil devra lui transmettre, le président pourra-t-il exiger une délégation générale ? certains auteurs pensent que, à l'égard de la société comme à l'égard des tiers, le conseil pourra

1. En faveur de l'idée de mandat émanant du conseil, on peut citer l'article 2, *in fine* qui implique le choix du président intérimaire par le conseil, mais on remarquera, toutefois, que cette solution ne vient qu'au deuxième rang.

fixer comme il l'entendra les pouvoirs du président, et qu'il garderait à cet égard toute la liberté qu'il avait autrefois dans le silence des statuts. « C'est donc le conseil qui, dans « le cadre de... (sa)... souveraineté fixera les pouvoirs du « président leur étendue et leurs limites »[1]. Mais une nuance est apportée par d'autres à cette solution trop nette : le conseil serait bien libre dans la fixation de ces pouvoirs « pourvu qu'il ne ravale pas le président à un rôle subal- « terne de simple agent d'exécution ou de directeur commer- « cial, incapable de faire preuve d'initiative réelle »[2].

Ce même auteur se refuse d'ailleurs expressément à autoriser le conseil à consentir à son président une délégation de pouvoirs, véritable « abdication ». Une opinion plus précise s'inspirant de l'esprit même de la loi qui « assure « l'unité de direction afin que l'on sache à qui demander « des comptes si la société périclite » décide que « ses « pouvoirs actuels englobent ceux que possédaient le direc- « teur général et l'administrateur délégué »; mais il n'en « reste pas moins pour lui aussi, que le conseil peut imposer « ses vues »[3]. Enfin, un auteur semble croire que le président réunira dans ses mains tous les pouvoirs, le conseil étant réduit à un simple rôle de contrôle et de surveillance[4].

Il est fort difficile de choisir entre ces différentes opinions. Il semble qu'une solution conforme à celle de M. le Professeur Bastian ait les plus grandes chances de s'imposer ; en résumé il apparaît :

— d'une part, que le conseil ne peut refuser au président certains pouvoirs ;

1. Alexandroff et Sarrut, *op. cit.*, p. 18.
2. Bosvieux, *op. cit.*, p. 835-836.
3. Bastian, *Rép. com.*, décembre 1940, p. 202.
4. Baudouin-Bugnet et Gozard, *op. cit.*, p. 51 et suiv.

— d'autre part qu'il ne peut abdiquer ses fonctions entre ses mains. Mais, nous l'avons vu, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée avec beaucoup de force sur l'interdiction des délégations générales. On peut demander si aujourd'hui en présence de l'esprit nouveau du droit des sociétés anonymes, elle ne sera pas amenée à les admettre.

b) La loi du 16 novembre 1940 attribue au président un certain pouvoir de commandement qu'il n'avait pas auparavant. C'est ainsi que l'article 2 alinéa 3 dispose : « Toutefois le président peut nommer un comité composé soit « d'administrateurs, soit de directeurs, soit d'administrateurs et de directeurs de la société ». Les membres de ce « comité sont chargés d'étudier les questions que le président renvoie à leur examen ». On le voit c'est au président, pourtant considéré comme mandataire du conseil, que reviennent d'une part le droit de désignation des membres du comité, fussent-ils administrateurs, et d'autre part celui de choisir les questions qu'ils traiteront.

Enfin le président a le droit de désigner un délégué temporaire pour le remplacer en cas d'impossibilité d'exercer ses fonctions. Si l'on essaye de comprendre les dispositions nouvelles de la loi, il semble surtout qu'elle ait tenté principalement un « essai pour distinguer clairement l'administration et la direction et pour réunir le commandement « de ces deux fonctions, considérées comme distinctes, « sur la tête, d'une seule personne, le président-directeur « général »[1]. Par suite, au-dessus de l'organe conseil d'administration se trouvait l'organe « Président ». Cette notion est évidemment trop brutale, le président restant,

1. ALEXANDROFF et SARRUT, *op. cit.*, p. 15.

semble-t-il, le mandataire du conseil. Néanmoins il n'est pas impossible de voir la jurisprudence s'orienter, dans les années à venir, si du moins la loi du 16 novembre 1940 n'est pas abrogée ou remaniée prochainement dans un sens inspiré de cette idée générale. Il se pourrait alors que l'esprit général de cette entité créée par un usage déjà ancien le conseil d'administration, se trouvât profondément altéré.

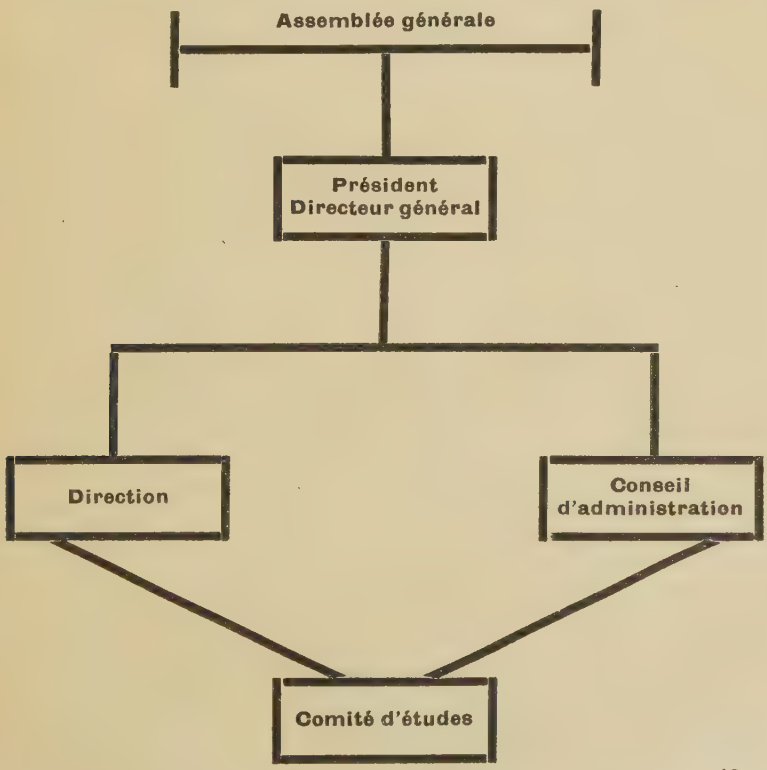
Mais la loi récente s'est totalement abstenue de régler la question des relations entre le conseil et la direction. Cette dernière notion est encore mal délimitée. En fait, l'essentiel de ces rapports se fera d'ailleurs dans la personne du président, la loi française s'inspire somme toute du principe général d'organisation de la société pour régler ces rapports : elle compte sur la personne du président pour réaliser la « liaison » entre direction et administration.

La loi allemande du 30 janvier 1937, prend le contre-pied de cette méthode : elle règle ces rapports avec une grande minutie : c'est ainsi que le § 95 décide que « A tout « moment le conseil de surveillance peut demander à la « direction un rapport sur les affaires de la société, y « compris les rapports avec une entreprise faisant partie « du Konzern. Le même droit appartient à chaque membre « qui, toutefois, ne peut demander qu'un rapport au conseil « de surveillance tout entier ; si la direction refuse de faire « le rapport, le rapport ne peut être demandé que si le « président du conseil appuie la demande ».

D'autre part, le § 81 dispose : « Périodiquement, et au « moins chaque trimestre, la direction fait au conseil de « surveillance un rapport oral ou écrit sur la marche des « affaires et sur la situation de l'entreprise ; de même un

« rapport oral ou écrit est fait, au président du conseil ou « à son représentant, sur chaque événement important. Le « rapport doit être fidèle aux règles d'une reddition de « compte fidèle et consciencieuse ».

L'organisation de la société anonyme telle qu'elle résulte de la loi nouvelle pourrait donc, à l'heure actuelle, être représentée par le schéma suivant qui montre la situation nouvelle du conseil d'administration au sein de la société anonyme, rien ne semblant modifier, d'autre part, en ce qui concerne la situation de la société. *Nous présentons d'ailleurs ce schéma, moins comme l'organisation nouvelle voulue par le législateur de la société anonyme, que comme la tendance générale qui peut résulter de la loi* : ce schéma pourrait correspondre à la construction de la société anonyme de demain.



CONCLUSION

Nous croyons que le développement de cette étude conduit à penser que, de plus en plus, le conseil d'administration est placé au cœur même de la société anonyme. Certes la direction — aujours'hui surtout le président directeur général — est l'organe actif de la société. C'est elle qui prend bien des décisions, c'est surtout elle qui les exécute et prépare toutes celles qui sont prises par le conseil (et l'on sait de quel poids sur la décision est une préparation approfondie, quel pouvoir réel elle confère à celui qui est investi de cette mission) — Certes l'assemblée générale reste la maîtresse absolue de la société ; mais cela c'est la loi ; combien d'assemblées générales ne sont-elles pas de pures formalités, rituelles et exemptes de tout incident ? Seul le conseil garde, dans la société anonyme, une réalité à peu près constante. Ce n'est pas qu'il n'existe pas — nous pourrions en citer par leurs noms — des sociétés dont le conseil, président-directeur général en tête, ne s'est jamais réuni (et où il existe pourtant un registre des délibérations bien rempli), des sociétés en somme où tout obéit à des ordres venus seulement de l'extérieur[1], Mais cela c'est l'exception.

Dans la plus grande majorité des cas, le conseil est maître

1. Voir la thèse de Mlle Sainton, *Filiales et sociétés mères*, thèse, Paris 1938 — *passim.*

de l'assemblée générale, comme il désigne ou révoque les directeurs et les employés, soit qu'il représente une part écrasante du capital, soit qu'il bénéficie d'actions à vote privilégié, soit enfin — et surtout dans les grandes sociétés — qu'il soit tout entier traditionnellement composé d'un personnel recruté dans les mêmes milieux, et où les révolutions au sein des conseils sont plus rares que les changements politiques.

Aussi n'est-il pas étonnant de voir, depuis dix ans, le législateur concentrer ses feux sur les administrateurs[1]. Mais le but qu'il s'était proposé n'a pas toujours été atteint : d'où provient cette défaite ?

Il semble que le législateur — parlementaire surtout — était dépourvu de l'esprit de réforme : il a procédé certes à une poussière de réformes : et c'était là leur défaut : il leur manquait l'unité de vues. Il faut reconnaître, au contraire, que le législateur allemand a su travailler des années à une réforme d'ensemble de la société par actions. La loi du 30 janvier 1937 a couronné ce long effort, et, si elle n'est pas exempte de défauts, du moins sa construction générale est-elle empreinte d'une certaine harmonie.

C'est là ce qui manque à la loi française et nul sujet, peut-être, mieux que le nôtre, n'eût été mieux susceptible de faire ressortir les incertitudes, les contradictions qui résultent de la méthode essentiellement fragmentaire, que nos parlements ont adoptée ces dernières années : qu'il s'agisse des règles du fonctionnement du conseil, de la responsabilité des administrateurs, des rapports du conseil

1. Voir Pic, *Evolution récente du droit des sociétés*, 1930-1940, *passim*, et notamment p. 64 et suiv.

avec les autres organes sociaux, notamment avec la direction, point sur lequel notre loi est presque complètement muette. Ce qui a manqué à la loi française depuis quelques dizaines d'années, c'est l'idée générale constructive, et c'est ce qui explique le mieux, peut-être, que toutes nos jeunes lois vieillissent si vite.

M. le Professeur Pic, dans son ouvrage récent précité, souhaite, lui aussi, une réforme d'envergure : « un jour « viendra où le gouvernement, dégagé des lourdes préoccu- « pations nationales, qui dominent et conditionnent son « activité, pourra aborder la codification, dans un ordre « logique, du droit des sociétés, combler les lacunes iné- « vitables des réformes fragmentaires déjà réalisées, et « remédier en même temps aux imperfections que leur mise « en œuvre aura révélées ».

Mais, si nous avions à faire quelque suggestion, de quel exemple nous inspirerions-nous, de quel précédent aurions-nous à faire état ?

Dans le cours de la présente étude, nous avons eu, maintes fois, à comparer notre droit avec la loi allemande de 1937. Certes celle-ci est un produit essentiellement national. Mais elle n'est pas elle-même exempte de critiques : si minutieuse soit-elle, trop peut-être parce que manquant d'un souffle général, il apparaît que la dualité qu'elle a établie entre la direction et l'administration est plus factice que réelle : on a vu les conseils de surveillance lutter contre la direction, essayer d'empiéter sur son domaine, car souvent l'organe de surveillance et de contrôle, plus encore peut-être par la vision générale des choses qui lui est conférée dont il tire un juste sentiment de supériorité, que par l'espèce

de prééminence de fait que lui donnent ses fonctions, a tendance à convoiter puis à s'assurer le pouvoir effectif ; comme le dit Mezger : « la différence entre le droit allemand « et le droit français n'est donc pas, en fait, si importante « qu'elle le paraît »[1]. Cette vue n'a d'ailleurs pas échappé au législateur allemand lui-même ; en effet, la loi du 30 janvier 1937 ne vient-elle décider en son § 95 — alinéa 5 : « Le « conseil de surveillance ne peut être chargé de mesures « d'administration. Toutefois les statuts ou le conseil de « surveillance peuvent disposer que cerrains genres d'opé- « rations ne seront passés qu'avec l'autorisation du conseil « de surveillance ».

Cette séparation des fonctions a donc quelque chose de factice et cette mission, faite moitié d'administration effective, moitié de contrôle et de surveillance dont l'usage avait peu à peu chargé le conseil, apparaît bien comme la conception la plus rationnelle, la plus humaine aussi.

Et, à tout prendre, si mal venue, si mal formulée si péniblement conçue, si incomplète que soit la loi du 16 novembre 1940, peut-être apparaîtra-t-elle plus tard comme l'œuvre d'un législateur qui a bien compris les nécessités sociales, s'il les a mal exprimées. Il y a, dans la société anonyme, un domaine nécessairement trouble, variable, dont la loi pourrait, à notre sens, bien difficilement saisir, fixer et réglementer les éléments ; action et contrôle paraissent intimement mêlés et si la loi du 16 novembre s'efforce d'un côté à les distinguer (art. 2, al. 2), du moins, d'autre part, les confond-elle en une seule personne : le président directeur général (art. 2, al. 1) ; c'est à notre sens

1. *Op. cit.*, p. 226.

la grande supériorité de la loi française sur la loi allemande, différence profonde aussi.

Aussi croyons-nous que, sans oublier les justes critiques qui se sont élevées contre la loi française récente, il y a lieu, si l'on envisage une réforme nouvelle, et, cette fois-ci, d'ensemble de conserver le principe du président directeur général, à condition toutefois de le préciser et d'apporter à l'institution nouvelle cette harmonie avec les autres organes sociaux qui lui fait singulièrement défaut.

Après avoir fixé le principe de la réforme, encore faudra-t-il reprendre une étude patiente des textes de la jurisprudence : une réforme est toujours difficile, mais elle l'est plus encore lorsqu'elle se heurte à un droit mal connu, mal décrit, mal défini, comme l'est toujours l'usage. Or, en ce qui concerne le conseil d'administration l'usage est le maître : depuis la loi du 16 novembre 1940 il n'a pas cessé de l'être. Seule est devenue une règle formelle impérative, la notion d'entité : mais pour connaître son contenu, il y a lieu encore, dans une large mesure, de se référer à l'usage établi avant elle. Alors quelle devra être la prudence du législateur s'il veut rompre avec lui ! Le mieux ne serait-il pas, après une patiente étude de la jurisprudence, d'essayer de réunir les solutions qui découlent de cet usage, et ne tenter de faire du neuf que dans la mesure où c'est nécessaire, pour atteindre par exemple à l'harmonie avec le principe général d'organisation sociale : chef unique et responsable, séparation des fonctions et du travail au-dessous de lui.

Vu :
(Strasbourg) Clermont-Ferrand, le 29 mai 1941.
Le président de thèse :
Jean RADOUANT.

Vu :
Strasbourg) Clermont-Ferrand, le 29 mai 1941.
Le Doyen de la Faculté :
Joseph DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :
(Strasbourg) Clermont-Ferrand, le 31 mai 1941.
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
A. TERRACHER.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A.D.C.	Annales du droit commercial.
B.S.L.C.	Bulletin de la Société de droit comparé.
C. civ.	Code civil.
C. comm.	Code de Commerce.
C. pén.	Code pénal.
C. pr. civ.	Code de procédure civile.
D ou *D.P.*	Recueil Périodique Dalloz.
D.H.	Dalloz Hebdomadaire.
G.P.	Gazette du Palais.
Gaz. Soc.	Gazette des Sociétés.
J.N.	Journal des Notaires et des Avocats et Journal du Notariat.
J.S.	Journal des Sociétés civiles et Commerciales.
Rép. Comm. ...	Répertoire Commaille.
Rev. Gle D.C. ..	Revue Générale de Droit commercial.
Rev. Prat. Soc...	Revue pratique des Sociétés (Belge).
S.	Recueil Sirey.
S.J.	Semaine juridique.

BIBLIOGRAPHIE[1]

ALEXANDROFF et SARRUT. — « *L'administration et la direction dans le nouveau régime des sociétés anonymes* », *Répertoire Commaille*, 15 janvier 1941.

A.N.S.A. — Commentaires des lois des 18 septembre et 16 novembre 1940 octobre-décembre 1940.

*ARTHUYS. — *Traité des sociétés commerciales*, 2 vol. 3e édit., 19.107.

*AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5e édition, t. I, revu et mis au courant par Etienne Bartin.

BARBIN. — *Pouvoirs des administrateurs des sociétés anonymes*, thèse, Poitiers 1933.

BASTIAN. — *La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation*, « *Journal des sociétés civiles et commerciales* », 1937, p. 165.

— *La réforme des sociétés anonymes*, « *Répertoire Commaille* », décembre 1940.

— *Du cumul des fonctions d'administrateurs et de direction technique d'une société anonyme*, « *Semaine juridique* », 8 mars 1941.

BAUDOUIN-BUGNET et GOZARD. — *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne* (1941).

*BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *De la société, du prêt, du dépôt*, 3e édit., (1907).

BONNECASE. — *Eléments de clinique juridique.*

BOSVIEUX. — *La loi nouvelle du 16 novembre 1940 sur l'administration et la direction des sociétés anonymes*, « *Journal des Notaires* », 5 décembre 1940 p. 817.

BOURCART. — *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par actions.*

— Note au S., 1926.1.5.

CAMERLYNCK. — *De l'*intuitus personae *dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1929.

*COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 7e édit., 1931.

COPPER-ROYER. — *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, 2 vol.

CORDONNIER. — *Commentaire de la loi du 16 novembre 1941.* — D. Recueil critique, 1941, Législation, p. 11.

— *Du calcul des voix dans les Conseils d'administration*, *J.S.*, 1931, p. 513.

— Note au D., 1938.1.93.

1. Les ouvrages précédés d'une astérisque sont cités dans le texte par les seuls noms d'auteurs.

COUTELLIER. — *Contribution à l'étude de la responsabilité des administrateurs de sociétés*, thèse, Lyon, 1938.

DECUGIS. — *La responsabilité solidaire des administrateurs de sociétés anonymes*, « *Journal des sociétés civiles et commerciales* », 1935, p. 1.

— *De la responsabilité civile envers les tiers dans la gestion des sociétés par action*, thèse, Paris, 1899.

*DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 volumes (et Guillouard).

DEMONTÉS. — *La loi du 18 septembre 1940 relative au nombre et à la responsabilité des administrateurs et aux fonctions et à la responsabilité des présidents de sociétés anonymes*, « *Semaine juridique* », 23 novembre 1940.

— *La loi du 16 novembre 1940, relative aux sociétés anonymes*, « *Semaine Juridique* », 21 décembre 1940.

DROIN. — *Les pouvoirs du Conseil d'administration de la société anonyme*, Thèse, Paris, 1912.

ESCARRA. — *Les usagers commerciaux*, *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97 et suiv. (avec la bibliographie citée dans cet article).

ESMEIN. — *Commentaire de la loi du 16 novembre 1940*, « *Gazette du Palais* », 18-19 décembre 1940.

FROMONT de BOUAILLE. — *Etude comparée des pouvoirs des gérants et des administrateurs dans les différentes formes de sociétés commerciales*, thèse, Paris, 1930.

GABOLDE. — Note au S., 1927.

GAILLARD. — *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse, Lyon, 1932.

GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif.*

GONTIER. — *Le directeur et l'administrateur-délégué de la société anonyme*, thèse, Paris, 1911.

HAMEL. — *La responsabilité individuelle ou solidaire des administrateurs de sociétés anonymes*, « *R.S.* », 1923, p. 143.

HAMEL. — Note au D., 1933.1.305.

HOUPIN. — Diverses notes, voir : *J.S.*, 1895, p. 125, *J.S.*, 1896, p. 239. — *J.S.*, 1915, p. 243. — *J.S.*, 1896, p. 517. — *J.S.*, 1898, p. 16, etc.

*HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 7e édit., 1935.

LACHMANN. — *De la transformation de la société anonyme moderne et de ses effets sur son organisation intérieure*, thèse, Grenoble, 1936.

LACOUR. — Note au D.P., 1902.1.385.

*LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 2e édit., 1921.

LAGARDE. — Note au S., 1931.1.305.

LESCOT. — *Essai sur la période constitutive des personnes morales*, thèse, Lyon, 1913.

— *Les tantièmes des administrateurs dans les sociétés anonymes*, « *Journal des sociétés civiles et commerciales* », 1921, p. 289.

LITTRÉ. — *Dictionnaire de la langue française.*

*LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial* (avec la collaboration de M. André Amiaud, t. II).

MATARD. — *Les pouvoirs des administrateurs et des gérants de sociétés par actions*, thèse, Bordeaux, 1930.

*MATHIEU et BOURGUIGNAT. — *Commentaire de la loi sur les sociétés du 24 juillet* 1867.

MEZGER. — *Le nouveau régime des sociétés anonymes en Allemagne,* thèse, Paris, 1939.

MICHEL. — *Commentaires des lois des* 18 *septembre* et 16 *novembre* 1940, « *Gazette du Palais* », 2-3 octobre, 13-14 novembre, 6-7 décembre 1940.

MICHOUD. — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* 2e édit., 1924.

*PARDESSUS. — Cours de droit commercial.

PERCEROU. — *Le droit de communication dans les sociétés anonymes, J.S.,* 1908, p. 97, 145, 193, 241.

*PIC. — Vo « Sociétés » dans *Répertoire Pratique Dalloz.*

PIC. — *Evolution récente du droit des sociétés,* 1930-1940 (1941).

PONT. — *Commentaire traité des sociétés civiles et commerciales,* 2 vol.

*POTHIER. — *Obligations.*

RIPERT. — Cours de droit commercial professé à la Faculté de droit de Paris (1934-1935).

SAINTON (Mlle P.). — *Filiales et sociétés mères,* thèse, Paris, 1938.

SAVATIER. — *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels,* D.H., 1931-9.

TRASBOT. — *L'acte d'administration en droit privé français,* thèse, Bordeaux, 1925.

*THALLER et PIC. — *Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des sociétés commerciales* par Paul PIC, 2e édit.

*VAVASSEUR. — *Traité des sociétés civiles et commerciales.*

VERNIN. — *Les tantièmes des administrateurs et directeurs,* thèse, Paris, 1926.

VIENOT. — *L'application aux sociétés anonymes de la loi du* 11 *mars* 1924, *R.S.,* 1931-1-321.

VILLARD. — *Des attributions et de la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes en droit français,* thèse, Paris, 1884.

*WAHL. — *Précis théorique et pratique de droit commercial,* 1922.

— *Des restrictions apportées à la désignation des administrateurs,* « *Journal des sociétés civiles et commerciales* », 1913, p. 337.

— Note au S., 1914.2.33.

— Note au S., 1908.4.1.

— Note au S., 1898.2.185.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction. — 1

La notion légale de conseil d'administration. — L'usage antérieur et la loi du 16 novembre 1940. — Objet et plan de cette étude.

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION D'ENTITÉ JUSQU'A LA LOI DU 16 NOVEMBRE 1940, UN USAGE COMMERCIAL.

Introduction..... 9

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867. — Dégagement de la notion d'entité. — Sa justification. — Objet et plan de la première partie.

Chapitre I. — **Le conseil entité distincte de ses membres** 14

Le conseil d'administration et la notion pure du mandat individuel. — Inapplicabilité de l'article 1857 Code civil. — Obligation pour le conseil de siéger effectivement. — Le conseil d'administration est dépourvu de toute personnalité autonome.

Chapitre II. — **Le conseil entité sociale** 20

1° Le conseil et la durée sociale. — 2° Les pouvoirs sociaux du conseil. — Leur aspect particulier en présence de l'entité-conseil. — L'acte d'administration. — Son caractère social (objet social — hiérarchie sociale). — 3° Les obligations sociales du conseil. — L'obligation de contrôle. — L'obligation de surveillance.

Chapitre III. — **Le conseil dans la hiérarchie sociale** 48

a) La charge d'administrer — interdiction des délégations générales. — *b*) Rapports du conseil avec l'assemblée générale. — *c*) Rapports du conseil avec la direction. — Schémas de la hiérarchie sociale : opposition des schémas dans le cas où il y a un conseil d'administration avec le cas où il n'y a qu'un administrateur unique.

Chapitre IV. — **Le conseil, entité délibérante** 64

Tout est dominé par le principe majoritaire. — Procédé secondaire excluant toute délibération mais requérant l'unanimité : l'adhésion matérielle à l'acte juridique passé au nom de la société.

I. Principe de la stabilité et composition du conseil. — 1° nominations provisoires ; 2° convocation de l'assemblée générale annuelle. — II. Principe de la délibération effective : *a*) règle de

la réunion obligatoire ; *b*) règle de la participation personnelle — ses tempéraments ; *c*) règle du quorum. — III. Le principe de la décision majoritaire. — Le vote par tête. — Le vote par intérêts. — IV. Usages destinés à faciliter la tenue des délibérations. — V. Preuve de l'observation des règles précédentes. — VI. Contrôle juridictionnel du fonctionnement normal du conseil.

Chapitre V. — **Le caractère collectif de la responsabilité du conseil** 101

I. Principe : « Il ne peut y avoir de responsabilité collective que si l'acte générateur de responsabilité est juridiquement accompli en conseil ». — Responsabilité de l'article 42. — Responsabilité de l'article 44. — Théorie de la « participation juridique » à l'acte dommageable. — *Corollaire I* : « Lorsque l'acte générateur de responsabilité est accompli par le conseil, chaque administrateur doit, pour s'exonérer de toute responsabilité, prouver qu'il n'a pris aucune participation juridique à cet acte ». — *Corollaire II* : « Lorsque l'acte générateur de responsabilité est accompli juridiquement hors conseil, la responsabilité est individuelle.

II. Responsabilité collective et responsabilité solidaire : Théorie de la « responsabilité collective ».

Conclusion 121

La notion d'entité considérée comme une règle juridique positive. L'article 22 de la loi de 1867 et l'article 1134 Code civil.

1° Domaine de l'article 1134 Code civil.

2° Domaine de la notion d'entité : usage — convention tacite. — Formation de l'usage. — Application de l'article 1873 Code civil. — La notion d'entité n'a un caractère ni absolu ni exclusif.

DEUXIÈME PARTIE

LA NOTION D'ENTITÉ DEPUIS LA LOI DU 16 NOVEMBRE 1940, RÈGLE LÉGALE IMPÉRATIVE.

Introduction..... 131

Analyse des projets de lois antérieurs relatifs au conseil d'administration. — La loi du 16 novembre 1940. — Objet et plan de la Deuxième partie.

Chapitre I. — **Adoption de la notion d'entité** 139

I. Caractère obligatoire de l'entité. — Prohibition de l'administrateur unique. — Nombre des administrateurs. — 2. Principe de l'adoption de l'usage antérieur : Les règles de la délibération. — Le président. — 3) La responsabilité du conseil reste collective. — 4) Pouvoirs et obligations du Conseil. — 5) Droit comparé.

Chapitre II. — **Caractère exclusif de la notion d'entité** 162

Incompatibilité des fonctions d'administrateur et de directeur Explication par référence au droit comparé. — Explication exégétique. — Théorie du mandat et du contrat de travail. — Tentative d'explication par la notion d'entité : le conseil apparaît désormais comme une entité de caractère exclusif. — Le comité consultatif. — Observation : les directives de l'union syndicale des banquiers : illustration du caractère exclusif de la notion d'entité.

Chapitre III. — **Incidences de l'économie générale de la loi du 16 novembre 1940 sur la notion d'entité** 176

1) Répercussions de l'existence légale du président sur la notion d'entité. — 2) Répercussions de l'existence légale du comité d'études sur la notion d'entité. — 3) Place relative du conseil dans la société depuis la loi du 16 novembre 1940 ; le schéma nouveau de la hiérarchie sociale en tant qu'il correspond aux tendances générales de la loi nouvelle.

Conclusion 189

Rôle effectif des conseils d'administration, l'objet des principaux projets de lois récents. Le législateur parlementaire et l'esprit de réforme. — Comparaison générale de l'esprit des lois française et allemande. — Vœux.

Table des abréviations 195

Bibliographie 196

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE